



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
PADOVA
UNIVERSITÉ PARIS I – PANTHÉON
SORBONNE**



**Dipartimento di scienze politiche, giuridiche e studi internazionali
Scuola di dottorato di ricerca in diritto internazionale privato e del lavoro**

Direttore della Scuola : Prof. MANTOVANI Manuela

Indirizzo: Diritto internazionale ‘Alberico Gentili’
Coordinatore d’indirizzo: Prof. PIETROBON Alessandra

XXV Ciclo

École doctorale de droit international et européen
Mention: Droit international

SARZO Matteo

**LA STRUCTURE DE L’OBLIGATION INTERNATIONALE ET L’EFFET
DIRECT**

(LA STRUTTURA DELL’OBBLIGO INTERNAZIONALE E L’EFFETTO DIRETTO)

Soutenue le 22 février 2013

Thèse dirigée par
Prof. GATTINI Andrea
Prof. RUIZ FABRI Hélène

Jury

Prof. GATTINI Andrea, Rapporteur
Prof. RUIZ FABRI Hélène, Rapporteur
Prof. KERBRAT Yann
Prof. FOCARELLI Carlo
Prof. ASCENSIO Hervé
Prof. BONAFÈ Beatrice Irene

Table des matières

Table des matières.....	II
Introduction.....	1
a) Incorporation	1
b) La question de l'effet direct selon le droit international.....	7
c) La structure de l'obligation et l'effet direct.	17
§1 – Les travaux de codification de R. Ago : obligations de comportement et de résultat.	17
§2 – La structure de l'obligation et l'effet direct.	27
§3 – Obligations négatives.....	29
§4 – Obligations positives.....	30
§5 – Les comportements aspécifiques et la fonction judiciaire internationale.....	33
d) Effet direct selon le droit de l'Union européenne.	34
§1 – Le caractère <i>spécifique</i> de l'obligation communautaire par rapport aux individus.....	34
§2 – L'identification de l'organe, les comportements <i>aspécifiques</i> et la primauté.....	37
§3 – Les normes secondaires.	40
Chapitre 1 – Les normes coutumières	43
Section 1. Les règles en matière d'immunité.....	44
§1 – Primauté et norme secondaire dans l'affaire <i>Mandat d'arrêt</i>	49
§2 – Primauté et norme secondaire dans l'affaire Immunités Juridictionnelles de l'Etat.	53
Section 2. Les règles en matière de droit international pénal.	60
§1 – Les sujets destinataires de la norme internationale pénale.....	60
§2 – L'obligation de punir et la responsabilité individuelle.....	69
a) Génocide	71
b) Torture.	85
Section 3. Conclusion.....	104
Chapitre 2 – Les normes conventionnelles et l'effet direct en général	107
Section 1. La question juridique dans l'avis <i>Compétence des Tribunaux de Dantzig</i>	109
Section 2. L'avis dans le contexte du débat monisme-dualisme	116
Section 3. Conclusion.....	122
Chapitre 3 – Les droits individuels et la structure de l'obligation internationale.....	125
Section 1. L'incorporation et les mesures d'exécution.....	127
§1 – Le contrôle de la loi dans les communications du Comités des droits de l'homme	131

§2 – Le contrôle de la loi dans la jurisprudence de la Cour EDH.	135
a) L’article 8.	136
b) L’article 10	139
Section 2. Le caractère immédiat de l’obligation.	151
§1 – Les conditions de la nature immédiate de l’obligation internationale.	151
a) L’article 13 de la Convention EDH.	155
b) L’article 2 paragraphe 3 du PIDCP.	159
§2 – Le caractère immédiat du PIDESC à l’égard des recommandations du Comité.....	164
a) L’approche limitée : l’invocabilité de certaines règles du PIDESC.....	166
b) La nouvelle approche.	169
c) La définition de l’obligation de diligence.	172
Section 3. L’effet direct de la règle secondaire.	181
§1 – L’affaire <i>Convention de Vienne sur les relations consulaires</i>	186
§2 – L’affaire <i>LaGrand</i>	188
§3 – L’Affaire <i>Avena et autres ressortissants mexicains</i>	194
§4 – L’application interne de l’arrêt <i>Avena</i>	199
Section 4. Conclusion	203
Chapitre 4 – Les normes internationales en matière de droit économique.	207
Section 1. L’interprétation des obligations internationales dans le cadre de l’OMC et du droit de l’Union européenne.	208
§1. – L’interprétation de la norme primaire.	208
§2. – L’interprétation de la norme secondaire.	212
a) La mise en conformité dans le cadre de l’OMC.	213
b) La violation des règles sur les aides d’Etat dans le cadre du droit de l’UE.	223
Section 2. L’effet direct des accords OMC vu par la Cour de Justice de l’Union européenne.	233
Section 3. Conclusion	248
Conclusion générale.....	251
Bibliographie.....	257
1) Ouvrages et articles	257
2) Documents	279
a) Nations Unies.	279
a.1) Commission du droit International.	279
a.2) Cour Internationale de Justice.....	280
a.3) Comité contre la torture	282
a.4) Comité du PIDESC.....	283

a.5) Comité des droits de l'homme	284
a.6) Conseil économique et social	289
a.7) Assemblée générale.....	290
b) Cour européenne des droits de l'homme	292
c) Organe de résolution des différends de l'OMC	296
c.1) Groupes spéciaux	296
c.2) Organe d'appel.....	299
c.3) GATT 1947	299
d) Union européenne.....	300
d.1) TPI	300
d.2) Cour de Justice	301
d.3) Autres.....	308
e) Institut du droit international	308
f) Cour Permanente de Justice Internationale	308
g) Juridictions nationales	309

Introduction

La structure des obligations internationales a été étudiée principalement par rapport à la question de la responsabilité ou à des domaines limités de droit international, notamment les traités qui protègent les droits de l'homme.¹ Au contraire, le lien entre la formulation de l'obligation internationale et les effets qu'elle déploie dans l'ordre juridique national n'a jamais été enquêté de manière explicite. Avant d'aborder cette question d'un point de vue théorique (c), on rappellera rapidement les concepts d'incorporation (a) et d'effet direct (b). Ensuite, le droit de l'Union européenne sera pris comme exemple (d).

a) Incorporation

Dans les Etats « dualistes », comme l'Italie, un procédé juridique est nécessaire pour qu'une règle internationale puisse déployer des effets juridiques dans l'ordre interne. L'incorporation, qui se réalise lors de l'exercice du pouvoir normatif ou réglementaire, vise à créer des normes internes qui reproduisent le même contenu de la norme internationale ou qui lui renvoient. Alors que, dans le premier cas, la technique d'incorporation se qualifie comme « ordinaire », dans la seconde hypothèse elle est « spéciale ». En Italie, la norme « spéciale » de renvoi est nommée « ordine di esecuzione ».² La notion d'incorporation est néanmoins presque inconnue auprès d'autres Etats, dits « monistes », puisque dans ces ordres juridiques il y a une norme interne, énoncée dans la Constitution ou dont l'existence est considérée implicite, qui règle le

(¹) V. SEPÚLVEDA M., *The Nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerpen : Intersentia, 2003, p. 184-195 ; SCIOTTI-LAM C., *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*. Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 439-505.

(²) V. LA PERGOLA A., *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 1961, XI-450 p.; V. aussi FABOZZI C., *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*. Milano : Giuffrè, 1961, 170 p.

rapport entre droit interne et droit international en conférant à la norme internationale la validité interne (la « juridicité ») de manière automatique.³ Cette règle nationale, codifiée dans un texte constitutionnel ou implicite dans le système, est bien évidemment une « règle sur la création du droit » interne,

Ceci étant, il faut néanmoins souligner que, pour les pays monistes et dualistes, la norme internationale n'occupe une place dans la hiérarchie juridique qu'en vertu d'une norme interne. C'est en effet à l'ordre juridique interne qu'il appartient d'établir, une fois pour toutes, la validité interne de la norme internationale. De manière similaire, la question de l'effet direct se pose pareillement aux Etats monistes et dualistes,⁴ bien que

(³) V. DE VISSCHER P., Les tendances internationales des constitutions modernes. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1952, vol. 80, tome I, p. 555-573 ; MOSLER H., L'application du droit international public par les tribunaux nationaux. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1957, vol. 91, tome I, p. 641-650 ; CASSESE A., Modern Constitutions and International Law. *Recueil des cours – Académie de droit international de La Haye*, 1985, vol. 192, tome III, p. 368-418. Le sens des mots « monisme » et « dualisme » ne concerne pas la question de savoir si l'ordre international prime l'ordre interne. En effet, les normes constitutionnelles, qui concernent le droit international en le déclarant partie du droit interne, peuvent être interprétées en deux manières. Dans une première hypothèse, les normes constitutionnelles peuvent être interprétées comme établissant la primauté du droit international dans l'ordre étatique pour le simple fait de le placer dans un niveau supérieur de toute autre norme, pour l'avoir « constitutionnalisée ». Dans une seconde hypothèse, les normes constitutionnelles prouveraient que le droit international n'est valide dans l'Etat qu'au fur et à mesure où le pouvoir constituant aurait exprimé telle volonté. Dans ce cas là, le droit international existe dans les limites d'une déclaration du pouvoir constituant. V. FERRARI-BRAVO L., International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems. *The Structure and Process of International Law* / ed. par Ronald S. J. MACDONALD, Douglas M. JOHNSTON. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1983, p.737.

(⁴) Sur la ressemblance entre pays « monistes » et « dualistes » par rapport à la question de l'incorporation, v. MOSLER H., L'application du droit international public par les tribunaux nationaux, *op. cit.* p. 640 ; KADELBACH S., International Law and the Incorporation of Treaties into Domestic Law. *German Yearbook of International Law*, 1999, vol. 42, p. 66-70. Ceux qui ont abordé la question de l'effet direct n'ont pas souligné que, dans les pays « dualistes » comme l'Italie, « l'ordine di esecuzione » d'une convention, en renvoyant simplement au contenu des normes internationales, fonctionne d'une manière tout à fait similaire des normes constitutionnelles des pays « monistes ». V. BUERGENTHAL T., Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1985, vol. 235, tome IV, p. 323-325. En effet, après avoir soigneusement analysé les ressemblances entre l'ordre d'exécution d'un traité et la norme d'incorporation de l'art. 10-1 de la Constitution italienne, les auteurs italiens ont soutenu que les deux techniques sont toujours limitées lorsque la norme internationale est incomplète. V. LA PERGOLA A., *Costituzione e adattamento*

des auteurs appartenant à des pays monistes aient considéré la question de l'effet direct un problème typique de leur système.⁵ Par ailleurs, la majorité de la doctrine soutient que parfois l'Etat ne peut remplir correctement l'obligation internationale qu'après avoir édicté certaines normes internes qui la complètent ou la mettent en œuvre.⁶ Le bien-fondé de cette considération est prouvé par la pratique des Etats dualistes. En effet, souvent les juges n'appliquent pas, en l'estimant dépourvue d'effet direct, une simple règle interne, qui se borne à faire renvoi au texte d'une obligation internationale en l'incorporant. En cette circonstance, « l'ordine di esecuzione » n'est qu'un « principe d'exécution » de l'obligation internationale.⁷

dell'ordinamento interno al diritto internazionale, op. cit., p. 177-189. V. aussi CONDORELLI L., *Il giudice italiano e i trattati internazionali: gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1974, 145 p.

- (⁵) V. ABRAHAM R., L'articulation du droit interne e du droit international. *La France et le droit international : ouverture* / ed. par Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK, Paris: Pedone, 2007, p. 260-266. *American Journal of International Law*, 1988, vol. 82, p. 760 et suiv. et VAZQUEZ C. M., The Four Doctrines of Self-Executing Treaties. *American Journal of International Law*, 1995, vol. 89, p. 695-698.
- (⁶) Le mécanisme d'incorporation spécial par renvoi, par exemple celui énoncé par l'art. 10-1 de la Constitution italienne, ne peut pas incorporer intégralement une norme internationale incomplète : v. LA PERGOLA A., *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale, op. cit.*, p. 114-186. V. CONDORELLI L., *Il giudice italiano e i trattati internazionali: gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, op. cit., p. 43-45. Selon l'interprétation d'Hans Kelsen, les normes sont composées par deux éléments : l'élément objectif définit le comportement dû en termes de droits et obligations et l'élément subjectif détermine la personne obligée. Appliquée ce schéma au droit international qui, en imposant un comportement, s'adresse à l'Etat en général, d'après Kelsen la norme internationale serait parfois incomplète quant à l'individuation de son élément subjectif. Dans ce cas, elle se limite à déléguer aux normes internes de chaque Etat, qui partagent les compétences intérieures, le soin d'identifier *in concreto* l'organe de l'Etat obligé à tenir ce comportement. KELSEN H., La transformation du droit international en droit interne. *Revue générale de droit international public*, 1936, vol. 43, p. 6-10.
- (⁷) Ce problème est bien connu aux Etats Unis. Pour éviter que les juges déclarent une norme non « self-executing » lorsque le Congrès n'a pas édicté les mesures d'exécution du traité, on a proposé d'interpréter la « Supremacy Clause » comme une « default rule », c'est-à-dire comme une présomption qu'une convention soit toujours « self-executing ». V. VAZQUEZ C. M., Treaties as the Law of the Land: the Supremacy Clause and the judicial enforcement of treaties. *Harvard Law Review*, 2008, vol. 122, p. 644-646.

Le fondement théorique de l'incorporation a été longuement étudié par l'école dualiste. En particulier, ce procédé exprimerait la volonté de l'Etat d'assimiler la norme internationale à celle interne quant à sa validité.⁸ A son tour, la manifestation d'une volonté de transformer en droit interne une règle internationale serait l'expression du principe moderne de la clôture de chaque système juridique à l'égard d'autres entités extra-étatiques : il s'agit du principe de souveraineté ou d'identité de l'Etat. Dans la mesure où la validité des règles internes dépend du respect des normes supérieures qui en règlent l'édiction et qui en établissent la place dans la hiérarchie interne, il revient à la norme d'incorporation la tâche d'établir la validité et la place occupée par la règle internationale dans la hiérarchie interne, même au cas où il y aurait un simple renvoi.

Les écoles italiennes et allemandes de la fin du XIX^{ème} siècle justifiaient l'incorporation en s'appuyant sur une sorte de dédoublement de la volonté de l'Etat, expression de la séparation entre droit interne et droit international.⁹ En particulier, on soulignait l'existence de deux actes de volonté étatique : alors que les règles internes seraient régies par une « volonté individuelle » de l'Etat qui les édicterait, les conventions internationales se fonderaient sur la « volonté collective » des Etats. Ainsi, un traité ne déploierait jamais des effets juridiques dans l'ordre interne par lui-même, du fait que la "volonté collective posséderait une nature tout à fait différente de la volonté individuelle."¹⁰ Dans ce contexte, la fonction de la norme d'incorporation est de parvenir à une véritable transformation de la norme internationale en norme interne. Cette démarche est applicable aussi à l'hypothèse où la norme interne se bornerait à renvoyer à la norme internationale : par ce mécanisme, l'Etat « édicte les normes que le traité impose d'adopter dont le contenu, par ailleurs, est déjà établi par le traité lui-même ».¹¹

(⁸) La norme de référence a été interprétée comme la source de la « validity » intérieure de la norme internationale, dans le sens que cela permet d'acquérir « legal force in the national legal order » V. A NOLLKAEMPER A., *The Direct Effect of Public International Law. Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* / ed. par Jolande M. PRINSSEN & Annette SCHRAUWEN. Groningen: Europa Law Publishing, 2004, p. 159-160.

(⁹) La doctrine dualiste, exprimée en Italie par Dioniso Anzilotti, montre sans équivoque l'idée de la « double volonté ». V. MORELLI G., *Nozioni di diritto internazionale*. 7^e éd. Padova : Cedam, 1967, p. 12-14.

(¹⁰) V. ANZILOTTI D., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*. Bologna: Zanichelli, 1905, p. 41-43.

(¹¹) V. ANZILOTTI D., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, op. cit. p. 119.

Toutefois, la distinction parmi la volonté de créer une convention internationale avec des autres Etats et la volonté de créer une norme interne engageant les particuliers signifie faire dépendre la manifestation de la volonté des destinataires de la règle, les Etats ou les individus le cas échéant. Bien évidemment, il s'agit d'un postulat : la volonté collective règle les rapports juridiques parmi les seuls Etats tandis que la volonté singulière règle les rapports juridiques parmi l'Etat et les individus.¹² En effet, d'après l'école dualiste, la règle internationale ne s'adresse jamais aux individus en tant que tels. Par conséquent, au cas où le droit international réglerait des relations entre individus, il s'agit de simple « droit uniforme », et donc de droit interne ; du fait de l'inexistence d'une véritable « communauté juridique inter-individuelle », ce droit uniforme apparaît aux individus comme « l'émanation de la volonté d'un seul Etat ».¹³

Après l'élaboration de ces principes au début du XXème siècle, Anzilotti décida de remplacer la théorie de la volonté collective par le principe « pacta sunt servanda », comme fondement du droit international. En dépit de ce changement tout à fait formel, le paradigme de la « double volonté » demeura pourtant inaltéré dans ses aspects essentiels. Alors que les normes internationales engagent les Etats selon le principe « pacta sunt servanda », l'obéissance aux règles internes dépend de la règle imposant de respecter le pouvoir législatif. Comme il est aisément compréhensible, la « volonté » de l'Etat, plutôt « créatrice » et « réelle » dans la première version de la théorie, se transforme en une règle « abstraite », neutre, de simple obéissance au pouvoir, et plutôt « cachée ». Même dans ce nouveau modèle, le fondement de la validité des normes internationales et internes est double, l'obéissance à deux principes supérieurs différents, et l'exercice du pouvoir législatif est encore nécessaire pour la création des « normes par lesquelles l'obligation internationale est accomplie ». Pour ces raisons, la norme d'incorporation d'une règle internationale dans l'ordre juridique interne (qui, dans la première version de la théorie,

(¹²) Alors qu'une loi interne est la manifestation d'une volonté « qui donne des ordres ou interdit des comportements à des individus qui sont ou sont considérés soumis à l'autorité de celui qui édicte ces normes-là », la norme internationale exprime une volonté « qui a le but de régir les relations juridiques entre Etats ». V. ANZILOTTI D., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, op. cit. p. 112.

(¹³) V. ANZILOTTI D., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, op. cit. pp. 41-43.

était la deuxième manifestation de volonté de l'Etat après la ratification du traité) crée une norme tout à fait différente de celle à laquelle on renvoie.¹⁴

Ce changement est dû aux critiques que Kelsen fit au paradigme de la double volonté (ou double obéissance). D'après sa pensée, la reproduction du contenu de la norme internationale ou le renvoi opéré par la norme d'incorporation seraient des ultérieures manifestations d'une volonté de production normative exprimée de manière incomplète lors de la création de l'engagement international. D'un point de vue strictement logique, la norme d'incorporation serait superflue, si elle avait, du point de vue de la théorie dualiste, la simple fonction de rapprocher les normes conventionnelles à celles internes quant à validité. En conséquent, tous les actes, successifs à la ratification d'un traité, avec lesquels un Etat transforme la norme internationale en norme interne, ne sont que des étapes vers l'achèvement du processus de *formation* de sa volonté de l'Etat à s'engager.¹⁵ Cette considération doit être interprétée à la lumière de la pensée de cet auteur. En effet, d'après Kelsen, les normes sont composées par un élément objectif, qui définit le comportement dû en termes de droits et obligations, et un élément subjectif, qui détermine la personne obligée. Appliquée ce schéma au droit international, qui s'adresse à l'Etat lorsqu'il impose un événement à réaliser, la norme internationale serait parfois incomplète quant à l'individuation de son élément subjectif. Dans ce cas, elle se bornerait à déléguer aux normes internes de chaque Etat, qui partagent les compétences intérieures, le soin d'identifier *in concreto* l'organe de l'Etat obligé à tenir ce comportement.¹⁶

Interprétée de cette prospective, la théorie de l'école dualiste ne décrirait qu'un fait historique, puisque dans l'organisation étatique le pouvoir de manifester la volonté de ratifier un traité ressort généralement à des organes autres de ceux chargés à la production du droit interne.¹⁷ Cela donc répondrait au souci de faire participer le parlement aux choix du pouvoir exécutif. En deuxième lieu, cette théorie dévoile son rattachement à la souveraineté, dans la mesure où une norme est considérée « juridique »

⁽¹⁴⁾ V. ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*. Roma: Athenaeum, 1913, p. 29-38.

⁽¹⁵⁾ V. KELSEN H., La transformation du droit international en droit interne, *op. cit.*, p. 40.

⁽¹⁶⁾ V. KELSEN H., La transformation du droit international en droit interne, *op. cit.* pp. 6-8.

⁽¹⁷⁾ V. SPERDUTI G., Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1976, vol. 153, tome V, p. 338-350.

à la seule condition que les règles supérieures sur la création du droit soient respectées. En fait, la norme qui incorpore le droit international, même dans sa forme de simple renvoi, est définie comme une source de droit.¹⁸ D'un point de vue constitutionnel, où il y a une norme, il y aura aussi un organe compétent pour la créer, puisque les normes sur la création du droit règlent la formation de la volonté d'un organe de l'Etat, en lui conférant une compétence à ce propos. Par conséquent, les normes édictées sans l'apport d'un *tel* organe ne seront jamais juridiques.¹⁹ En revanche, le défi que la coutume internationale pose est bien plus complexe, lorsqu'il y a une norme constitutionnelle d'incorporation "automatique", comme en Italie ou en Allemagne.²⁰ Aucune réponse claire est possible à la question de savoir comment concilier le principe de clôture d'un système juridique, fondé sur une Constitution rigide, dont la fonction est celle d'énumérer (et d'épuiser) toutes les voies de formation du droit positif, avec une source quasi-illimitée de droit, tel que la coutume internationale, dont la formation ne dépend pas proprement de l'individuation d'un précis organe étatique.

b) La question de l'effet direct selon le droit international.

Les locutions « effet direct », « applicabilité directe » et « self-executing » réunissent des phénomènes qui, d'un point de vue général, se réfèrent à l'application judiciaire d'une règle internationale. Ces notions pourtant ne décrivent que l'effet processuel des obligations internationales, qu'il s'avère lors de l'application de la règle par un juge

(¹⁸) V. LA PERGOLA A., *Introduzione a: Costituzione dello Stato e norme internazionali. Costituzione dello Stato e norme internazionali* / ed. par Ugo LEANZA. Milano: Giuffrè, 1986, p. 14-15.

(¹⁹) Comme déjà dit, Kelsen était contraire à cette théorie. Du point de vue étatique, les normes créées par une convention internationale sont tout à fait identiques à celles internes, étant toutes les deux édictées par un organe étatique qui, en tant que représentant de l'Etat sur le plan du droit international, est autorisé à faire cela par une norme constitutionnelle. V. KELSEN H., *La transformation du droit international en droit interne*, *op. cit.*, p. 17-18.

(²⁰) V. pour l'Allemagne FOLZ H.-P., *Germany. International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion* / ed. par Dinah SHELTON. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 244-246.

national chargé de trancher un litige.²¹ D'une certaine manière, on parle d'effet direct et de directe applicabilité en partant d'une prémisse, que les comportements partiels des juges soient les seuls capables de réaliser ou éviter l'événement énoncé par la règle internationale.

Par ailleurs, personne ne s'est encore accordé sur l'exacte portée à attribuer aux termes effet direct, self-executing et applicabilité directe.²² Il peut se passer qu'ils identifient une norme internationale capable de réaliser un événement ou effet utile moyennant une simple application judiciaire. Dans d'autres cas, ces locutions pourraient rappeler le fait que la norme internationale est plus ou moins déterminée par rapport à son

(²¹) V. VERHOEVEN J., La notion d'applicabilité directe du droit international. *Revue belge de droit international*, 1980, vol. 40, p. 249. Dans les manuels traditionnels, l'effet direct est lu de cette prospective, puisque on a la tendance de l'analyser dans son acception 'restreinte', c'est-à-dire qu'on considère l'application de la norme internationale dans une dimension purement processuelle. De cette manière, l'effet direct se réduit à la simple question de fixer les limites entre lesquelles les juges ont le pouvoir de compléter le contenu de n'importe quelle règle. Pour cette attitude, v. TREVES T., *Diritto internazionale: problemi fondamentali*. Milano : Giuffrè, 2005, p. 698 et suiv. ; SALERNO F., *Diritto internazionale*. 2e éd. Padova : Cedam, 2011, p. 378 et suiv. ; IVALDI P., L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale. *Istituzioni di diritto internazionale*. 4e éd. / ed. par Sergio M. CARBONE, Riccardo LUZZATTO, Alberto SANTA MARIA. Torino : Giappichelli, 2011, p. 145 et suiv. ; MONACO R., GIALDINO CURTI C., *Manuale di diritto internazionale pubblico*. 3e éd. Torino : Utet, 2009, p. 356 ; TANZI A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*. 3e éd. Padova : Cedam, 2010, p. 253 et suiv.

(²²) Par exemple, des auteurs se sont interrogés sur l'existence d'une distinction entre la question de l'effet direct d'une obligation internationale et celle de savoir si l'effet direct se rattache seulement aux obligations internationales qui confèrent des droits aux individus. En effet, d'après certains d'eux, l'effet direct de l'obligation internationale se réduit dans la question de savoir si elle confère immédiatement des droits aux individus : si l'obligation internationale ne vise pas des droits individuels, il n'y aura aucun effet direct. V. SLOSS D., Non-Self-Executing Treaties: Exposing a Constitutional Fallacy. *UC Davis Law Review*, 2002, vol. 36, p. 82. En revanche, selon une autre opinion, les deux questions, celle de l'effet direct et celle de la reconnaissance des droits individuels, doivent rester séparées, bien qu'elles parfois se superposent. V. NOLLKAEMPER A., *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford : Oxford University Press, 2011, p. 121-122. D'ailleurs, une doctrine qui s'est occupée de l'applicabilité directe des traités internationaux relatifs aux droits des hommes a souligné que la CJCE interprète l'effet direct des traités communautaire de manière large, indépendamment du fait qu'ils visent à conférer des droits individuels. Il s'ensuit que les justiciables peuvent en général se prévaloir d'une règle internationale à l'encontre de tout acte étatique qui entrave l'accomplissement de celle-ci. SCIOTTI-LAM C., *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, op. cit., p. 349-351.

contenu, à l'événement qu'elle prescrit de réaliser ou d'éviter. En conséquent, elle serait directement applicable ou douée d'effet direct s'il n'y avait pas besoin de mesures d'exécution pour que le juge tienne des comportements aptes à produire l'événement prescrit. Dans d'autres cas encore, ces concepts identifieraient le fait que l'événement, que la règle internationale impose de réaliser ou éviter, est à détriment ou bénéfique d'un individu. Il faut néanmoins souligner que les concepts d'effet direct e d'applicabilité directe tendent à négliger des données fondamentales du fonctionnement des systèmes juridiques nationaux.

En premier lieu, ils cachent que la norme internationale est appliquée par le juge en vertu de sa combinaison avec des autres normes internes. En effet, c'est aux normes internes qu'il appartient de conférer à certains organes (les juges) le pouvoir de tenir des comportements (par exemple, l'émission d'un arrêt) visant à la réalisation d'un précis événement factuel (par exemple, la reconnaissance d'un droit à un individu). L'indication d'un résultat à poursuivre ou éviter est pourtant une caractéristique qui relève aussi des normes internationales. D'ailleurs, si une règle internationale est « self-executing » dans la mesure où elle engage l'Etat à réaliser ou éviter un événement moyennant son « application judiciaire », cela signifie que les organes judiciaires sont ceux qui, normalement, pourront tenir des comportements aptes à réaliser ou éviter cet événement. Ils permettront donc de s'acquitter de l'obligation internationale. Par ailleurs, il est tout à fait indifférent pour le droit international d'identifier au préalable l'organe étatique qui devra remplir l'obligation : ce qui compte, c'est la réalisation ou la non vérification d'un fait.

En deuxième lieu, une interprétation strictement processuelle de l'effet direct engendre des conséquences néfastes à l'égard de l'objet de l'obligation internationale, qui pourrait être interprété comme le simple devoir de conférer la juridicité interne ou de mettre en place des mesures d'exécution pour réaliser ou éviter l'événement prescrit. Or, l'idée que l'objet de l'obligation internationale soit uniquement le devoir d'édicter d'ultérieures normes internes, pour incorporer ou exécuter la règle internationale, ne se concilie pas avec la pratique et n'identifie que les normes internationales qu'Ago avait classées comme « obligations de comportement déterminé ». Au contraire, dans la plupart des cas, les Etats sont tenus responsables de la violation d'une quelconque obligation internationale après la constat que l'événement spécifique (ou effet utile)

prescrit ou prohibé s'est ou moins réalisé. Il s'agit d'apprécier l'existence ou le manque d'un résultat, d'un fait. D'ailleurs, une incorporation irrégulière ou inexistante, ou la carence de mesure d'exécution – situations qui comportent le manque de juridicité interne ou d'applicabilité de la règle internationale – violeraient en elles mêmes l'obligation internationale seulement si son objet se bornait à imposer à l'Etat l'exercice d'un pouvoir normatif.²³ Par exemple, plusieurs conventions spécifient que l'Etat doit adopter les mesures législatives et exécutives nécessaires pour s'acquitter des obligations y énoncées. Ces normes abstraites ne soulignent que les comportements des organes étatiques doivent viser tous ensembles à la réalisation de l'effet utile, à l'événement qui est l'objet de l'obligation internationale. Ce type d'obligation internationale met en relief que le fait de rendre juridique, pour le droit interne, une norme internationale est *un* comportement généralement apte à s'acquitter d'*autres* devoirs conventionnels « substantiels ». ²⁴ Elle exprime, de quelque manière, l'exigence que les comportements des organes doivent tendre à un but, donc à éviter ou à réaliser un événement extérieur. Il en va de même pour les normes conventionnelles, énoncées dans les conventions sur les droits de l'homme, qui imposent à l'Etat l'obligation d'assurer un recours interne effectif pour la protection de ces droits. Dans ces cas aussi, l'obligation qui engage à garantir l'effectivité d'un recours interne est un moyen, de nature successive par rapport au résultat final, l'acquiescement de l'obligation « substantielle » qui prescrit la jouissance d'un droit. En effet, le recours effectif acquiert un sens seulement si l'individu se plaint d'une violation de la règle internationale de la part de l'Etat, l'avantage qu'elle lui garanti n'étant point réalisé. En même temps, l'obligation de garantir un recours effectif

(²³) Comme il a été bien souligné, si les conventions de droit uniforme étaient interprétées comme imposant des obligations de moyen, il suffirait à l'Etat d'édicter les normes internes correspondantes aux normes uniformes pour remplir l'obligation internationale. Par conséquent, la carence de juridicité interne de ces normes serait la seule forme de violation possible de l'obligation internationale. Ce résultat, bien évidemment, serait insoutenable face à la pratique des Etats. V. CONFORTI B., *Obblighi di mezzi ed obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme. L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale: studi in memoria di Mario Giuliano* / ed. par Tullio TREVES. Padova : Cedam, 1989, p. 376 et suiv.

(²⁴) Conforti exclut que les « implementation clauses » concernent « the *content* of the treaty » puisqu'il considère que leur contenu est d'obliger l'Etat à garantir « the *formal validity* of the treaty in the domestic legal order ». V. CONFORTI B., *The activities of national judges and the international relations of their State : Preliminary Report. Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 65, tome I. Paris : Pedone, 1993, p. 344-346.

visé aussi à la réalisation d'un comportement partiel, de nature juridique, apte à garantir le redressement d'une violation déjà perpétrée. Cette considération met en relief que, par l'imposition de ces normes « formelles », le droit international requiert de réaliser un résultat, un événement de nature juridique, pourtant strictement subordonné à l'exécution d'une autre obligation « substantielle ». Mais personne ne pourrait raisonnablement soutenir que, tout en adoptant le comportement prescrit par ces obligations, l'effet utile (donc l'événement) prescrit par l'obligation « substantielle » se produira nécessairement : en effet, même après l'épuisement de tous les recours, la jouissance d'un droit pourrait n'être pas effectivement réalisée. Pareillement, personne ne pourrait pas condamner un Etat pour n'avoir pas introduit la règle internationale en droit interne ou pour n'avoir pas édicté des mesures d'exécution, bien que le résultat prescrit par les obligations « substantielles » se soit parfaitement réalisé. De cette manière, la liberté de l'Etat par rapport à la réalisation de l'effet utile de l'obligation internationale est extrêmement étendue.

A ce point, il faut chercher des autres raisons qui poussent les juges à définir une norme internationale comme dépourvue d'effet direct.

D'abord, le premier critère est l'appréciation de l'objet de l'obligation internationale. L'effet direct, entendu dans sa dimension judiciaire, suppose qu'un individu affirme d'être directement affecté par la norme internationale, qui lui confère un droit, une prétention à l'égard de l'Etat, et que le juge confirme cette interprétation. La notion d'intérêt au respect d'une norme est centrale dans cette construction. Dans la mesure où l'obligation internationale conditionnerait le pouvoir des organes de l'Etat, en leur prescrivant ou interdisant un effet utile à réaliser ou éviter à l'égard d'un individu, il serait alors tout à fait contradictoire soutenir que les individus ne soient pas destinataires d'une règle internationale. Or, c'est au juge qui parfois revient la tâche d'interpréter l'objet de la règle internationale et à en établir la portée. Toutefois, ce choix est largement influencé par des facteurs qui dépendent de la façon d'entendre le droit international : la question de savoir si et dans quelle mesure les normes internationales s'adresseraient aux individus relève de l'adhésion à un postulat, comme on a vu par rapport à l'école dualiste au sujet de l'incorporation. Comme le montre la pratique judiciaire française relative à l'effet direct, une norme peut s'adresser aux Etats, et pas aux individus, indépendamment

de « son degré de précision ». ²⁵ La formulation plus ou moins précise d'une règle n'est pas une preuve de son effet direct. Par ailleurs, la carence de précision n'est qu'un « indice » permettant de soutenir « l'absence d'effet direct ». ²⁶ De même, l'effet direct

(²⁵) V., sur ce point, ABRAHAM R., Conclusions sur Conseil d'Etat, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar. Revue française de droit international*, 1998, vol. 14, p. 563.

(²⁶) Dans ses conclusions générales exposés pour l'affaire GISTI du 1997, le commissaire du gouvernement Abraham souligne que « l'effet direct est écarté lorsque *l'objet même* de la norme conventionnelle est de régler exclusivement les relations entre les Etats parties et non pas de garantir des droits au bénéfice des particuliers ». V. ABRAHAM R., Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 23 avril 1997 *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*. *Revue française de droit international*, 1997, vol. 13, p. 589. Ce constat dépend en partie de la « rédaction » de la norme internationale, un simple « indice » qui confirmerait que la norme s'adresse seulement aux Etats pour qu'elle nécessite de mesures internes d'exécution (*ibidem*, p. 590). Par ailleurs, le Commissaire fait noter au Conseil d'Etat qu'il confère effet direct même à des normes de la Convention EDH « formulées en termes de principes assez généraux » (*ibidem*, p. 591). Il faut donc conclure que, si l'interprétation de l'objet de l'obligation, comme s'adressant aux individus, ne dépend qu'en partie de sa formulation, pour le restant l'effet direct relève de l'adhésion à un postulat. En général, il a été remarqué que la pratique du Conseil d'Etat n'a jamais éclairci « la méthode utilisée par le juge pour distinguer un engagement international créant des droits subjectifs d'un autre qui reste 'interétatique' ». V. TIGROUDJA H., Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux. *Revue française de droit administratif*, 2003, vol. 19, p. 159, 164-165. Même les récentes affaires tranchées par le Conseil d'Etat n'ajoutent rien par rapport à la définition d'effet direct. Dans le litige *Brito Paiva*, le Conseil d'Etat a écarté l'effet direct de l'accord du 27 mai 1997 entre la France et la Russie, dont « l'objet » est « d'apurer un contentieux financier entre ces deux Etats, le règlement des litiges liés aux créances entre les particuliers et chacun de ces Etats demeurant exclusivement de la compétence nationale ». V. *Conseil d'Etat*, assemblée, 23 décembre 2011, n. 303678, M. Eduardo José Kandryrine de Brito Paiva. *Revue française de droit international*, 2012, vol. 28, p. 17. Comme D. Alland l'a relevé, l'effet direct a été exclu, la France ayant renoncé par une transaction interétatique d'exercer la protection diplomatique pour les réclamations de ses nationaux par rapport aux créances russes impayées. V. ALLAND D., Note sur *Conseil d'Etat*, assemblée, 23 décembre 2011, n. 303678, M. Eduardo José Kandryrine de Brito Paiva. *Revue française de droit international*, 2012, vol. 28, p. 35. D'après cette opinion, le fait que l'Etat ait renoncé à un droit implique que la convention ne puisse pas se référer aux individus. Or, même cette interprétation se fonde sur l'analyse de la fonction de l'accord, suivant le postulat qu'une transaction entre Etats ne vise jamais des personnes privées, bien qu'elle ait été conclue pour résoudre des réclamations pécuniaires individuelles. Au contraire, le requérant avait attaqué la décision administrative interne qui l'avait exclu du champ d'application du remboursement forfaitaire de titres mobilières du fait d'être dépourvu de la nationalité française. D'après sa position, aux termes de l'accord, la France a renoncé à réclamer les créances des personnes physiques ou morales françaises. Comme on a vu, en se référant à la nature et à la fonction de l'accord, le Conseil d'Etat a exclu que cette norme confère des droits individuels. De sa part, le requérant se plaignait que cette disposition, en lui empêchant d'obtenir un

n'est pas exclu « de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit », bien qu'une « stipulation doit être reconnue d'effet direct [...] lorsque [...] elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats », « eu regard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué ».²⁷ Cet argument est très similaire à celui employé par les auteurs qui ont étudié le l'effet direct du droit communautaire. Dans le cas où « l'Etat s'appuie seulement sur la partie de la disposition communautaire qui lui impose une obligation », ainsi ignorant « sa nature et le fait qu'elle est susceptible de produire, *en même temps*, des droits en faveur des particuliers », alors les individus pourraient demander aux juges nationaux de saisir la Cour de Justice pour en constater, le cas échéant, l'effet direct.²⁸ Ce passage montre la double nature de la règle internationale : règle destinée au droit interne ou règle destinée à régir des rapport interétatiques.

De surcroît, il peut aussi se passer que le juge n'applique pas la règle internationale puisque il se trompe sur sa portée : alors, il s'agira d'une erreur de droit, dont l'élimination ressort aux organes hiérarchiquement supérieurs. Dans d'autres hypothèses, il peut y avoir une antinomie entre la norme internationale et les normes internes : la première vise à la reconnaissance d'un bénéfice à une personne privée, l'autre le nie. Ce conflit sera résout par l'application des normes internes qui règlent les antinomies et qui reflètent un certain ordre hiérarchique parmi les pouvoirs (constitutionnel, législatif,

remboursement en raison de sa nationalité, était contraire à l'article 14 de la Convention EDH dans la mesure où elle créait une discrimination fondée sur la nationalité. Cette affaire montre qu'on va bien au delà de la simple analyse de la précision de l'accord pour établir s'il vise des positions individuelles.

(²⁷) V. Conseil d'Etat, Assemblée, 11 avril 2012, n. 322326, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion per le logement (FAPIL), *Revue française de droit international*, 2012, vol. 28, p. 558. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a reconnu effet direct à l'article 6-1 de la Convention internationale du travail n. 97 du 1^{er} juillet 1949, qui impose une règle de non discrimination dans le traitement des travailleurs immigrés par rapport aux nationaux, en jugeant que cette règle « ne saurait être interprétée comme se bornant à régir les relations entre Etats » e que « ne requérant l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets », elle se suffit à elle-même. Pour la première fois, le Conseil d'Etat a aussi spécifié les critères de l'effet direct, mais il n'a pas explicité la raison de sa reconnaissance.

(²⁸) V. CONSTANTINESCO L.-J., *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.* Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 38-39

administratif, judiciaire).²⁹ Il faut préciser que l'antinomie présuppose que la norme soit déjà directement applicable et que le juge en ait apprécié l'exacte portée ; qu'il ait, en dernier ressort, jugé que l'individu peut s'en prévaloir.

Enfin, la carence d'effet direct pourrait être due au fait que le juge n'est pas capable de poursuivre le résultat prescrit par la norme internationale. Comme on a soutenu, la question de savoir quel type d'événement la règle internationale impose de réaliser ou d'éviter relève de son interprétation, de l'appréciation de sa portée. Cet aspect est intimement lié à l'appréciation de son caractère contraignant, étant donné qu'une norme qui ne prescrit aucun résultat à poursuivre, en se limitant à décrire un fait, ou un résultat contradictoire, n'est pas une règle.³⁰ Par conséquent, l'appréciation du caractère spécifique de l'objet d'une obligation internationale se relève un élément essentiel, sans lequel des organes de l'Etat ne seraient pas directement obligés à son respect. A ce point, on peut envisager deux hypothèses, la première qui suppose le constat du caractère *défini* du résultat à atteindre, tout en appréciant une carence de moyens juridiques pour le poursuivre, l'autre qui, à l'inverse, demande l'appréciation du caractère *aspécifique* de l'événement à réaliser.

Dans une première série de cas, après l'avoir interprété, le juge n'applique pas la norme internationale puisqu'il estime qu'un autre organe possède les moyens juridiques internes pour poursuivre l'effet utile de la norme internationale. En ces cas, le déni

(²⁹) La doctrine affirme que la primauté de la norme internationale conditionne son applicabilité directe lorsqu'il y a un conflit parmi la règle internationale et le droit interne. V. NOLLKAEMPER A., *The Direct Effect of Public International Law*, *op. cit.*, p. 160.

(³⁰) Conforti a souligné que souvent on mélange deux problèmes relatifs aux accords *non self-executing*. Alors que la première question concernerait la « validité formelle de l'accord » dans le droit interne, l'autre relèverait du « contenu de l'accord », et donc de la phase exécutive. Il est bien évident qu'il s'agit de la distinction parmi incorporation et application. Ceci étant, cet auteur fait dépendre la carence d'effet direct des « règles qui n'impose pas d'obligations mais attribuent des facultés aux Etats », des « règles qui, bien qu'imposant des obligations, ne peuvent pas recevoir d'exécution dans la mesure où il n'existe pas d'organes ou de procédures internes indispensables pour leur mise en œuvre » et, enfin, des « règles qui se limitent expressément à recommander des comportements ». V. CONFORTI B., *Cours général de droit international public. Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1988, vol. 212, tome V, p. 40-43. Comme on voit, même cet auteur met en relief que parfois le manque d'effet direct est dû soit à la carence de juridicité internationale de l'obligation soit au fait que l'événement à poursuivre ne soit pas spécifiée directement par l'obligation internationale, étant l'objet d'un choix.

d'effet direct coïncide avec le constat du juge d'avoir une compétence limitée, sur la base de laquelle il ne saurait pas tenir des comportements-moyens et partiels aptes à atteindre le but l'obligation internationale. Tout en lui niant effet direct, le juge en ce cas ne doute pas du caractère obligatoire de la règle internationale

Dans d'autres cas, il peut se passer que le juge n'applique pas la règle internationale puisque il estime aspécifique l'événement à réaliser.³¹ A son tour, cette conclusion ouvre deux possibilités. Il peut se passer que le juge n'applique pas la règle parce qu'il ressort à la compétence d'un autre organe, jouissant d'un pouvoir de création du droit, la tâche de spécifier l'effet utile de la norme internationale.³² Bien évidemment, même cette conclusion reflète les limites du pouvoir judiciaire du point de vue du droit interne : soit, dans un système national, les normes supérieures interdisent clairement toute application judiciaire ou interprétation du droit international³³ soit elles ne permettent pas aux juges

(³¹) Verhoeven a mis en relief cet aspect en soulignant que le concept de « self sufficient » dépend de la spécificité de la norme internationale, qui en cette circonstance doit être complétée par une autre norme de droit international ou par un « complément normatif [...] de droit interne ». En cette dernière hypothèse, il s'agirait toujours d'une question d'exécution, qui n'affecte nullement « la force obligatoire » ou « l'aptitude normative » de la règle. V. VERHOEVEN J., La notion d'applicabilité directe du droit international, *op. cit* p. 248-249. Cette remarque, tout à fait partageable, néglige néanmoins un point fondamental. En effet, l'auteur soutient que l'applicabilité directe dépend de l'appréciation de la volonté des Etat (v. *ibidem*, pp. 259-264). Cette question, toutefois, implique à son tour l'emploi de critères interprétatifs (comme celui textuel) permettant de définir ce que nous appelons l'effet utile de la règle internationale. En effet, si les Etats ont rédigé de manière imprécise une obligation, cela pourrait signifier soit qu'ils subordonnent son application judiciaire à l'exercice d'un ultérieur pouvoir normatif, tendant à mieux définir l'objet de l'obligation, soit qu'ils n'aient pas voulu s'engager par convention. La formulation de la norme internationale est un élément qui pourrait prouver cette dernière constatation.

(³²) Beaucoup d'auteurs soulignent que les obligations internationales nécessitant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Etat ne sont pas « self-executing ». Par exemple, v. FERRARI-BRAVO L., *International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems*, *op. cit*, 726-727. Cela est d'autant plus vrai puisque l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire présuppose un choix parmi plusieurs objectifs. C'est le déroulement de ce pouvoir qui crée une norme contraignante.

(³³) Par exemple, l'interprétation des traités parfois était réservée en France au pouvoir exécutif, lorsqu'une question concernant l'application d'un traité international se posait aux juges. V. ALLAND D., Jamais, parfois, toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales. *Revue française de droit international*, 1996, vol. 100, p. 620-631. A ce sujet, il faut noter que l'*Institut de droit international* a étudié de manière approfondie le lien parmi la question de l'effet direct et le pouvoir des juges

une interprétation créative du droit.³⁴ Par ailleurs, il peut aussi s'avérer que la formulation tellement aspécifique de l'objet de l'obligation internationale montre que les Etats n'ont pas voulu s'engager réellement, ou qu'il ont pris un engagement très flou, correspondant *grosso modo* à une obligation de diligence. Dans cette situation, le juge interprète la règle internationale dans le domaine du droit international, et non pas à la lumière de son droit interne, en appréciant son manque de juridicité internationale.

Dans les deux hypothèses, le juge est face à une norme non juridique, dépourvue de toute nature contraignante, pour une raison de droit interne ou pour une question de droit international.³⁵ Mais, en dernier ressort, c'est lui à juger sur cet aspect. Evidemment, le manque d'effet direct montre une évidente déformation des systèmes juridiques : même si la norme a été incorporée et elle est apparemment juridique et contraignante du point de vue interne, elle n'est pas cependant appliquée dans la mesure où n'exprime pas un véritable résultat à réaliser.

nationaux d'interpréter et d'appliquer le droit international sans aucune ingérence du pouvoir exécutif. V. CONFORTI B., *The activities of national judges ant the international relations of their State : Provisional Report, op. cit.*, p. 379-406. Ces travaux ont mené à l'adoption d'une Résolution, dont l'article 1^{er} alinéa 2 précise que les juridictions nationales « devraient disposer de la même liberté d'interprétation et d'application que pour d'autres règles juridiques » lorsqu'elles « déterminent l'existence ou le contenu du droit international ». V. *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*. Annuaire de l'Institut de droit international, Session de Milan, vol. 65, tome II. Paris : Pedone, 1993, p. 320.

(³⁴) Comme il a été bien souligné, en droit américain l'attribution du caractère *self-executing* d'une norme internationale ressort souvent d'une déclaration du pouvoir exécutif lors de la ratification d'un traité. L'interprétation de la portée d'une obligation internationale, et donc la définition de son objet (l'événement à réaliser) relève de la compétence d'un organe non judiciaire, qui se réserve le droit d'en spécifier les modalités d'exécution. V. TAXIL B., *Les critères des applicabilités des traités internationaux aux Etats-Unis et en France*. *Revue internationale de droit comparé*, 2007, vol. 59, p. 162-164.

(³⁵) Quand la doctrine et les juges se réfèrent à l'intention des Etats ou aux éléments textuels de la norme, à son degré de précision, pour justifier la non application d'une règle internationale, en réalité ils affirment le défaut de juridicité, le fait de n'être pas obligés de l'appliquer. Il faudra pourtant vérifier si cette carence de juridicité est intrinsèque à la norme internationale – puisque les Etats n'ont pas voulu s'engager sérieusement – ou si c'est une question d'exécution interne, donc de définition de l'événement à réaliser. Cette question sera abordée en détail dans la partie relative à l'affaire des tribunaux de Dantzig. Pour un examen de la pratique belge concernant l'élément objectif et subjectif, v. CLAES E. ; VANDAELE A. *Revue belge de droit international*, 2001, vol. 34, p. 424-434.

c) La structure de l'obligation et l'effet direct.

Après un général aperçu des travaux de codification de la responsabilité internationale des Etats pour fait internationalement illicite par rapport à la structure de l'obligation internationale (I), on élaborera un schéma ainsi conçu. En général, les normes internationales sont généralement *spécifiques* par rapport à l'objet à réaliser ou éviter (l'événement) et *aspécifiques* quant aux comportements, négatifs ou positifs, que les organes de l'Etat doivent tenir pour produire l'effet utile (II). Il conviendra alors de les distinguer en obligations négatives (III) et positives (IV), selon que l'Etat devra éviter un événement ou le réaliser. Ensuite, on abordera le sujet des comportements aspécifiques (V).

§1 – Les travaux de codification de R. Ago : obligations de comportement et de résultat.

Au cours des travaux préparatoires sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, les rapports les plus complets sur la structure de l'obligation internationale sont dus à l'œuvre de Roberto Ago. Déjà dans son premier rapport, il proposa de classer les faits illicites en les distinguant parmi « faits illicites de comportement » (correspondant aux « obligations de comportement déterminé » de l'article 20 du premier projet d'articles) et « faits illicites d'événement » (les « obligations de résultat » et « d'événement », énoncées aux articles 21-23 dudit projet). Ce classement fut pensé pour résoudre des problèmes concernant l'appréciation de l'instant de la violation de la règle internationale et de la conduite génératrice du fait illicite. Alors que l'Etat se rendra coupable de la méconnaissance d'une « obligation de comportement déterminé » en tenant un « comportement en tant que tel », dans la seconde hypothèse il devra éviter ou réaliser un événement extérieur. En spécifiant les obligations de comportement déterminé, le rapporteur se référa notamment aux cas où « les organes législatifs d'un Etat refusent de passer une loi que, par un traité, l'Etat s'était spécifiquement engagé à adopter » ou « un fonctionnaire des douanes soumet à une visite la valise diplomatique d'un pays étranger ». Au contraire, en ce qui concerne les obligations de résultat, les exemples souvent faits sont ceux relatifs à la prévention

« d'une attaque de particuliers au siège de l'ambassade »³⁶ et aux conventions qui protègent les droits de l'homme.³⁷ Comme on voit, dans ce dernier cas, il s'agirait d'événements à éviter ou réaliser, pourtant de caractère matériel : le but de l'obligation est garantir aux individus la jouissance d'un certain avantage matériel.

La conséquence qu'on pourrait tirer de ce classement est que ces deux types d'obligations ne se distinguent que par la nature matérielle ou juridique (dans le sens de "normatif") du fait réalisé ou prohibé, l'obligation de comportement déterminé ne demandant jamais la réalisation d'un événement extérieur, concret, caractéristique pourtant appartenant à toute obligation de résultat ou d'événement. En effet, l'obligation de comportement déterminé souvent impose de créer, d'appliquer ou de ne pas appliquer des normes juridiques (dans le cas de l'acte de contrainte à l'égard d'un agent diplomatique, la police doit s'abstenir d'appliquer les règles qui lui permettent l'emploi de la force). L'événement extérieur apparaît donc de nature « juridique ». Toutefois, dans les deux hypothèses, on ne peut pas s'éloigner du constat que l'obligation internationale impose toujours de réaliser ou éviter un événement extérieur, un *fait concret* à l'égard du droit international.³⁸ D'ailleurs, ce résultat « concret » est moins évident dans les

⁽³⁶⁾ V. AGO R., Premier rapport sur la responsabilité des Etats. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II (1), p. 233-234.

⁽³⁷⁾ V. AGO R., Sixième rapport sur la responsabilité des États. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. II (1), p. 9-11. Des autres exemples se réfèrent aux règles internationales qui imposent à l'Etat « d'assurer aux étrangers [...] l'égalité de traitement avec les nationaux » ou d'indemniser « les étrangers dont les biens ont été soumis à expropriation » ou de « punir les auteurs de crimes contre la personne d'étrangers ». Dans ces cas, « le résultat requis [...] est qu'en dernier ressort l'étranger se voie appliquer le même traitement que le nationale, qu'il soit indemnisé pour le bien dont il aurait été exproprié, et que le coupable d'un crime contre sa personne soit puni ». V. *ibidem*, p. 12-13. En général, pour la pratique relative au caractère matériel, effectif, du résultat à atteindre, v. *ibidem*, pp. 18-20

⁽³⁸⁾ Cette idée était partagée par le même rapporteur, lorsqu'il souligna que « toutes les obligations internationales visent logiquement un but donné ». V. AGO R., Sixième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.*, p. 4. Une ultérieure preuve on la repère da la formulation originaire de l'article 21 : l'obligation de résultat est celle « requérant à l'Etat d'assurer *in concreto* un certain résultat ». *Ibidem*, p. 22. V aussi AGO R., *Illecito commissivo e illecito omissivo nel diritto internazionale. Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati* / ed. par Maria Antonietta DI BLASE, Giorgio GAJA, Giorgio GUARINO. Camerino : Jovene, 1978, vol. I, p. 136-137.

obligations de comportement déterminé, puisqu'elles ont un fort caractère « préventif » par rapport à celui-là.

Le comportement est plus « déterminé » et de nature « juridique » par rapport aux obligations de résultat en vertu d'une règle plus générale, d'une prémisse logique, suivant laquelle il est possible parfois d'identifier sans doute l'organe chargé de tenir *les* comportements aptes à réaliser ou éviter un événement matériel *ultérieur*. Par exemple, si l'obligation impose d'adopter une loi, c'est l'organe législatif, aisément identifiable, celui principalement chargé de tenir des comportements pour créer une loi ; il en va de même en ce qui concerne l'interdiction de l'emploi de la force à l'égard d'un ambassadeur étranger : les organes judiciaires ou de police seront, le cas échéant, appelés à s'abstenir de tout comportement apte à engendrer une contrainte physique. L'obligation de comportement déterminé ne fait que spécifier ou identifier certaines fonctions (ou comportements) étatiques, de « nature normative », qui sont aptes à prévenir ou éviter la réalisation d'un événement matériel ultérieur, qui n'est pourtant pas l'objet direct de l'obligation du comportement déterminé. On pourrait formuler cette hypothèse : les obligations de comportement déterminé se distinguent des obligations de résultat, puisque, à la suite d'un processus de consolidation, l'événement « matériel », qu'elles avaient pour but d'éviter ou de réaliser, est définitivement évité ou réalisé si un événement simplement normatif se produit ou fait défaut. La caractéristique des obligations de comportement déterminé est leur capacité de prévenir, avec un haut degré de probabilité, l'inaccomplissement d'autres obligations internationales visant, eux, des événements matériels. En cette manière, elles se caractérisent par une prise très forte sur le droit interne.

Il faut noter que, dans ses exemples à l'égard des obligations de comportement déterminé, Ago ne fait point référence aux obligations de l'Etat de s'efforcer pour réaliser ou éviter un événement, tout en demeurant irresponsable si ce résultat n'a pas été atteint ou évité : il s'agit du concept d'obligation de diligence, comme entendue en droit civil. Le rapporteur se référa seulement au « caractère déterminé » du comportement à tenir (donc du résultat à atteindre).³⁹ En effet, dans sa vision, d'autant plus les fonctions (ou

(³⁹) Sur le fait que Ago n'entendait pas se référer aux obligations de diligence lorsqu'il avait distingué les obligations parmi « comportement » et « résultat », v. GAUTIER P., *On the Classification of Obligations in International Law. Coexistence, Cooperation and Solidarity* :

comportements étatiques) seront spécifiques, en vertu d'une règle de généralisation cause-effet, par rapport à la réalisation d'un événement (un précis organe, en tenant un comportement déterminé sur la base d'une règle juridique, est capable de causer ou éviter un événement extérieur), d'autant plus le résultat aura l'apparence d'être « déterminé » et de nature « juridique ».⁴⁰ En conséquent, la détermination maximale de l'objet de l'obligation internationale se manifeste lorsqu'elle porte sur la réalisation d'une activité normative (création, application, destruction d'une norme), puisque il serait aisé de repérer de manière directe les fonctions internes (ou « comportements-moyens ») aptes normalement à poursuivre ou éviter le résultat prescrit, en identifiant, par exemple, les organes compétents à créer du droit lorsque la règle internationale impose d'édicter une loi.⁴¹ Au contraire, suivant la perspective d'Ago, les obligations de résultat expriment un « résultat » moins déterminé puisque les comportements-moyens, aptes à entraver ou réaliser un événement, sont à leur tour aspécifiques pour le manque d'une règle générale et consolidée cause-effet : en conséquent, l'objet de l'obligation apparaît à ses yeux plutôt matériel et moins « déterminé » par rapport aux obligations de comportement déterminé.

liber amicorum Rudiger Wolfrum / ed. by Holger HESTERMEYER. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2012, vol. I, p. 856.

(⁴⁰) En présentant l'article 20 du projet sur la responsabilité de l'Etat à la Commission, Ago se soucia de préciser « qu'il arrive qu'une obligation internationale, dans la poursuite du but qu'elle se propose, non seulement indique à l'Etat l'objectif à atteindre, mais précise aussi les moyens par lesquels l'Etat doit y parvenir ». En conséquent, « l'Etat est spécifiquement requis de prendre certaines mesures d'ordre législatif, exécutif ou judiciaire ou de s'en abstenir » pour poursuivre ce résultat. On voit bien donc la relation parmi les comportements-moyen de nature juridique et le résultat. V. 1454e séance de la Commission de droit international (6 juillet 1977), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. I, p. 220.

(⁴¹) Par ailleurs, pour que le résultat apparemment juridique se réalise, même en cette circonstance les organes doivent tenir des comportements partiels et concrets et créer une loi dans sa « matérialité ». L'identification de tous les comportements est quasiment impossible du point de vue du droit international, vu l'hétérogénéité de l'organisation des Etats auxquels la règle internationale s'adresse. Par exemple, si l'obligation internationale impose d'adopter une loi, même les comportements des organes ou individus chargés, par exemple, de former l'ordre du jour de l'activité parlementaire à l'intérieur du processus législatif seront aptes à réaliser (ou entraver) la réalisation de l'événement final, tout en demeurant au dehors de l'objet de l'obligation internationale (ils sont comportements aspécifiques). De même, le comportement d'une cour constitutionnelle, qui aurait le pouvoir d'annuler une loi, peut être indirectement concerné par l'obligation internationale de créer une loi, en lui imposant un devoir d'abstention.

Or, la distinction parmi obligations de comportement déterminé et de résultat permet de saisir une question fondamentale. Dans la mesure où l'obligation de comportement déterminé impose, en dernier ressort, d'adopter, d'abroger ou de ne pas appliquer des normes internes, en visant directement une fonction juridique de l'Etat, il en va de même pour ce qui concerne les obligations de résultat. En effet, pour produire ou éviter un résultat « matériel », les organes de l'Etat doivent, le cas échéant, tenir ou s'abstenir de tous les comportements-partiels qui contribuent à l'acquittement de l'obligation internationale. Ces comportements, partiels par rapport à l'événement final, se fondent sur une compétence interne conférée par une règle juridique. Autrement, on n'aurait pas un acte d'Etat. Dans la majorité des cas, les règles internationales sont formulées comme des obligations de résultat, ainsi laissant indéterminées les fonctions étatiques qui permettent de réaliser ou éviter un événement.⁴² A qui la tâche de définir ces comportements partiels ?

Lors de la discussion de l'article 20 devant la Commission de droit international, la distinction parmi ces types d'obligations fut entièrement partagée par Reuter, qui souligna que « les obligations dont il est question dans cette disposition appellent des actes de la part des Etats — soit des actes juridiques soit des actes matériels », alors qu'« à un degré moindre de précision se trouvent les obligations spécifiant le résultat final ». Enfin, pour Reuter le « troisième degré » est occupée par les normes « qui n'imposent à l'Etat ni actes spécifiques ni résultats déterminés, mais une simple attitude tendant à un résultat qui n'est pas obligatoire », notamment

« l'obligation générale de vigilance que le droit international impose aux Etats, à défaut d'une véritable obligation de résultat, pour assurer la protection des agents diplomatiques résidant sur leur territoire ».⁴³

On voit bien donc le péril que la classification d'une obligation de prévenir un certain acte, accompli par des personnes privées, aurait pu engendrer dans la classification d'Ago : le fait d'en déduire le caractère non contraignant. Toutefois, en critiquant Reuter, Ago souligna, mais avec toutes les contradictions que cette position implique, comme on verra juste après – que l'obligation de prévention vise à empêcher la

⁽⁴²⁾ V. AGO R., Sixième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.*, p. 9.

⁽⁴³⁾ V. 1455e séance de la Commission de droit international (6 juillet 1977), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. I, p. 223.

réalisation d'un événement matériel et que, en conséquent, il s'agit d'une obligation de résultat, en supposant évidemment que l'Etat ait toujours le pouvoir d'empêcher la réalisation d'un fait.⁴⁴ En conséquence, à ce point il faudra prouver un lien de causalité

(⁴⁴) V. AGO R., Sixième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.*, p. 8 note 27. La considération est la suivante. « Il est à remarquer que si dans la plupart des cas une « obligation de comportement » dans le sens que nous préconisons est en même temps une « obligation de comportement » dans le sens qu'on emprunterait au droit civil, tel n'est pas toujours le cas — et cela vaut aussi pour les « obligations de résultat ». D'après le critère du droit civil qui veut, par exemple, que l'obligation du médecin de soigner le malade sans pour autant pouvoir assurer sa guérison soit une obligation de comportement, on devrait qualifier d'obligation internationale de comportement celle qui incombe à l'État de protéger les étrangers, et surtout certaines personnes étrangères, contre les atteintes de la part de tiers, *obligation qui*, par contre, *apparaît comme une obligation de résultat* d'après les critères préconisés dans cette section. L'État a en effet le choix des moyens qu'il estime les plus appropriés pour assurer la protection en question ». Au contraire, la doctrine a imputé à Ago le fait d'avoir classé cette obligation – la protection des étrangers – comme une obligation de s'efforcer. V. DUPUY P.-M., Le fait générateur de la responsabilité internationale. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1984, vol. 188, tome V, p. 47-48. Aussi la Cour Internationale de Justice a parfois considéré l'obligation de prévenir comme une obligation de diligence, dans son acception de droit civil. Elle a affirmé, à propos de l'obligation de prévenir le génocide : « il est clair que l'obligation dont il s'agit est une obligation de comportement et non de résultat, en ce sens que l'on ne saurait imposer à un État quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide : l'obligation qui s'impose aux États parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d'un État ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint ; elle l'est, en revanche, si l'État a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher ». V. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2007, p. 43. Il faudrait cependant douter que des obligations de « s'efforcer », telles qu'elles sont entendues par le droit civil, soient contraignantes du point de vue du droit international. Toutefois, une doctrine a mis en relief que même celles-ci prescrivent de réaliser des événements partiels en vue d'atteindre un but ou un résultat final selon le droit civil. D'ailleurs, en même temps admet que ce concept est différent par rapport à celui employé par Ago. En effet, « la question de la plus ou moins grande détermination des moyens d'exécution » mène à soutenir que « l'opposition des deux types d'obligations ne se fait pas suivant le même critère que selon la doctrine civiliste française, au point qu'on peut se demander si la coïncidence des expressions n'est pas purement verbale ». Cela arrive parce que « 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. Il en résulte un glissement sémantique important, qui mérite d'être souligné ici car il permet d'opposer deux conceptions du couple comportement-résultat : celle qui correspond à l'élaboration doctrinale de l'école civiliste française et celle qui, de Tripel et Donati, aboutit à la définition donnée par la C.D.I ». V. COMBACAU J., Obligations de résultat et obligations de

parmi les actions ou les omissions des organes de l'Etat et l'événement réalisé par des particuliers.⁴⁵

Des problèmes alors naissent lorsqu'il s'agit d'une obligation de prévention, méconnue lors de la matérialisation de l'événement que l'Etat serait chargé d'entraver.⁴⁶ Si l'objet de cette obligation – comme Ago souligna – est de prendre toute mesure apte à empêcher que des personnes privées tiennent des comportements capables de causer l'événement interdit par l'obligation internationale, tout en demeurant une obligation de résultat, il faudra en revanche conclure qu'il ne s'agisse pas d'une véritable obligation de résultat, puisque son objet ne serait pas proprement le devoir direct d'éviter l'événement.⁴⁷ Bien que l'événement soit une condition nécessaire de l'engagement de la responsabilité de l'Etat, il tomberait cependant hors de l'objet de l'obligation, s'agissant d'un « événement étranger » au fait de l'Etat.⁴⁸ Cela s'avère parce que l'Etat n'aurait toujours le pouvoir d'empêcher la réalisation de cet événement, causé par des comportements des individus, alors que, en général, les obligations internationales imposent à l'Etat d'éviter ou réaliser un fait sur la prémisse qu'il ait le pouvoir de l'éviter ou de le réaliser. En conséquent, le concept d'obligation de prévention rappellerait l'idée d'un devoir de diligence, l'Etat étant tenu de s'efforcer que des privés ne commissent pas un tel acte. De ces considérations, on pourrait imaginer que le rapporteur imaginait une obligation de moyen, donc à une obligation de s'efforcer d'éviter un événement, comme entendu par le droit civil des pays romains, la responsabilité de l'Etat étant par conséquent engagé seulement du fait de ne pas avoir tenus des comportements-moyens aptes à entraver la réalisation du fait.

comportement : Quelques questions et pas de réponse. *Mélanges offerts à Paul Reuter : le droit international : unité et diversité* / ed. par Daniel BARDONNET. Paris : Pedone, 1981, pp. 201-202.

(⁴⁵) V. AGO R., Deuxième rapport sur la responsabilité des États, op. cit., p. 207.

(⁴⁶) V. AGO R., Deuxième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, p. 201.

(⁴⁷) V. AGO R., Quatrième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 109-116 et p. 127-129.

(⁴⁸) V. AGO R., Septième rapport sur la responsabilité des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II (1), p. 38.

D'ailleurs, l'évocation de la diligence et du lien de causalité naturelle apparaissent difficiles à concilier avec les règles d'imputation du fait illicite à l'Etat. En fait, lorsqu'il faut trancher une question relative à n'importe quelle obligation, la question de la causalité est absorbée par l'application des normes qui règlent l'attribution à l'Etat d'un fait matériel, accompli par un organe, alors qu'il est nécessaire d'en apprécier l'existence en thème d'obligation de prévention.⁴⁹ Il faut en conséquent employer une fiction pour constater la méconnaissance d'une obligation de prévention : est-ce que l'Etat aurait évité la réalisation de l'événement, s'il avait mis en place toute mesure nécessaire pour empêcher aux privés de le commettre ? Différemment, par rapport aux autres obligations internationales, la même question est inutile, puisque l'Etat agit moyennant ses organes : il est erroné de se demander dans quelle mesure l'Etat aurait évité la réalisation de l'événement, s'il avait adopté toute mesure nécessaire pour empêcher à *ses* organes de le réaliser. Cette affirmation impliquerait que l'Etat et ses organes soient deux destinataires distincts de la norme internationale, deux personnes juridiques internationales. Donc, par rapport aux obligations de prévention, il s'agit d'imaginer des comportements, que les organes de l'Etat auraient du tenir, et établir si ceux-ci auraient pu, *in abstracto*, entraver la réalisation de l'événement, causé par des individus, avec un degré élevé de certitude. D'ailleurs, le concept de faute est intimement lié à celui de causalité, puisque en ce cas l'événement matériel est la concrétisation d'un risque engendré par la violation d'une règle codifiant des comportements abstraits aptes à prévenir la production de ce risque. Comme il est facile à apercevoir, ce constat pose en premier lieu des énormes problèmes dans la mesure où l'obligation de prévention est aspécifique par rapport à la conduite des organes de l'Etat, qui devraient intervenir dans les comportements d'individus qui n'agissent pas dans le cadre d'un rapport d'imputation organique.⁵⁰ En second lieu, des

⁽⁴⁹⁾ Comme souligné, l'imputation d'un fait à l'Etat s'avère simplement en appréciant la qualité d'organe de la personne-physique qui a agi. En conséquent, les règles qui permettent de qualifier une personne-physique comme organe excluent toute application d'un lien de causalité naturelle ou matériel-psychologique. V. AGO R., Troisième rapport sur la responsabilité des États. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II(1), p. 227.

⁽⁵⁰⁾ Un événement est causé par la faute, quand trois éléments sont réunis. D'abord, il doit y être la violation d'une règle de droit qui, si appliquée, permet d'éviter la réalisation d'un événement ; en deuxième lieu, il faut apprécier la capacité d'une personne de respecter cette règle. En plus, la faute demande que ces comportements soient capables d'éviter un événement dans une perspective *ex ante facto*. Par ailleurs, la pratique des Etats citées par Ago montre qu'il s'agit

difficultés se posent par rapport à la nature de l'événement à éviter : soit celui-ci est censé d'être le véritable objet de l'obligation étatique et, en conséquence, à l'Etat il est interdit directement de le produire,⁵¹ soit il faut abandonner le concept d'obligation de prévention et soutenir plutôt qu'il s'agit d'un faisceau d'obligations de résultat « partiel », qui visent à éviter des faits spécifiques, capables de prévenir – tous ensembles – un événement.⁵² A ce point, le concept même d'obligation de moyen se révélerait

d'un lien d'imputation objective de l'événement à l'Etat, et donc purement matériel : l'Etat est responsable *ex post* du simple fait que l'événement s'est avéré. De manière similaire, la CIJ n'a spécifié les comportements concrets que la Serbie aurait du tenir pour empêcher la commission du génocide de Srebrenica. De manière différente, dans l'affaire *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* la CIJ a réussi à absorber la question de la violation d'une obligation de prévention en imputant directement à l'Iran un fait causé par des personnes privées. En particulier, la Cour a seulement constaté que l'Iran n'avait pas pris toutes les mesures nécessaires pour éviter les attaques aux ambassades des Etats-Unis, en prenant comme modèle de comportement les conduites que les organes iraniens avait tenues dans les mois antérieurs au 4 novembre 1979 et qui avaient garanties la sûreté des légations des Etats Unis (« l'inaction totale des autorités iraniennes à cette date [4 novembre 1979, n.d.r.] [...] contraste de manière frappante avec leur comportement dans plusieurs situations similaires »). V. *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, point 64 pag. 31. Toutefois, la Cour s'est débarrassée de la question de l'obligation de prévention. Elle y a réussi par l'imputation directe à l'Iran des actions des personnes privées (« l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages ont pris le caractère d'actes dudit Etat », *ibidem*, point 74 p. 35), par le constat de la violation de l'obligation de réparation (« le devoir évident de ce gouvernement était, sans plus tarder, de ne négliger aucun effort et de prendre toutes les dispositions appropriées pour mettre fin rapidement à ces atteintes flagrantes [...] et, d'une façon générale, de rétablir la situation antérieure aux attaques et de proposer la réparation du préjudice subi » *ibidem*, point 69, p. 33). Par conséquent, la Cour a attribué directement à l'Iran l'attaque à l'ambassade, en notant que « la décision des autorités iraniennes de continuer à soumettre les locaux de l'ambassade des Etats-Unis à une occupation par des militants et à détenir son personnel en otage a manifestement entraîné [...] des manquements *encore plus graves* que le fait, pour ces mêmes autorités, de n'avoir pris aucune mesure en vue de prévenir les atteintes à l'inviolabilité des locaux et du personnel de l'ambassade » (*ibidem*, point 76, p. 35 et suiv., italiques ajoutés),.

(⁵¹) Au contraire, la thèse sur la base de laquelle Ago appuya ses réflexions au sujet de l'obligation de prévention met en relief que l'Etat « est responsable d'avoir enfreint, non pas l'obligation internationale avec laquelle l'action du particulier pouvait être en contradiction, mais l'obligation générale ou spéciale mettant à la charge de ses organes un devoir de protection (sans qu'il soit nécessaire de définir ici la teneur et la portée exactes de cette obligation) ». V. AGO R., Quatrième rapport sur la responsabilité des États. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 133-134.

(⁵²) A prouver la difficulté de préciser ces obligations-moyens, il y a des exemples que le même rapporteur fait. En effet, presque toutes les affaires citées à l'appui de l'idée que l'obligation de

inutile. Il paraît difficile en fait d'affirmer que l'Etat doive tenir des comportements pour éviter la production de l'événement « catalyseur » de sa responsabilité, étant donné que celui-ci se produit en raison de comportements d'individu qui agissent en dehors du cadre étatique. Il faut à ce point se poser la question de savoir comment éliminer toutes ces possibles contradictions.

Une autre interprétation de l'obligation de prévention est envisageable : elle pourrait être interprétée comme une obligation négative (conçue par son faux-semblant d'obligation positive, dans la mesure où l'Etat devrait au moins s'efforcer d'éviter l'événement) subsidiaire pesant sur l'Etat par rapport à un fait réalisé par des particuliers, les véritables destinataires de l'interdiction primaire (il ne faut pas attaquer une ambassade, par exemple). Dans cette construction, l'événement – causé par des privés, destinataires d'une obligation négative spécifique – est néanmoins mis à la charge de l'Etat par l'enjeu de l'obligation de prévention puisqu'il n'existerait pas une norme secondaire qui, s'adressant aux individus, les sanctionnerait directement. En somme, les individus ne pourraient pas être les contreparties d'une sanction internationale, d'un rapport de nature secondaire, du fait qu'ils ne sont pas des sujets internationaux. En conséquence, l'Etat répondrait de l'accomplissement d'un fait international illicite commis par un particulier à cause de la simple réalisation de l'événement, étant donné que la norme secondaire ne s'adresse qu'à l'Etat, le véritable destinataire de la sanction. Il s'agirait donc d'une hypothèse de responsabilité objective. En écartant néanmoins cet éventualité, puisque

prévention n'entraîne qu'une responsabilité indirecte de l'Etat pour fait des individus envisagent la méconnaissance de l'obligation de punir. V. AGO R., Quatrième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.*, p. 109-116 et p. 127-129. La définition de l'objet de ces obligations-moyens a été toujours difficile dans la pratique, étant donné que la Cour Internationale de Justice, lorsqu'elle a tranché des affaires concernant ce type d'obligation, n'a jamais spécifié quels comportements l'Etat aurait du adopter pour empêcher la réalisation de l'événement. En revanche, elle a attribué de manière objective la commission du fait à l'Etat. Pour ce qui concerne l'affaire de la *Convention pour la prévention et répression du génocide*, v. en page 58 et suiv. Pour ce qui concerne l'affaire *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, v. *supra* note 50.

« dans les cas de responsabilité internationale de l'Etat à l'occasion d'actions de particuliers, personne ne songe à présenter ces particuliers comme des sujets distincts de droit international »,⁵³

Ago a voulu rester fidèle au postulat d'après lequel les règles internationales ne s'adressent jamais aux individus, tout en payant ce choix par des évidentes contradictions.⁵⁴

§2 – La structure de l'obligation et l'effet direct.

A ce point, il faut préciser que, du point de vue du droit international, atteindre un but ou réaliser un événement *implique* que les organes de l'Etat tiennent ou s'abstiennent d'une conduite, donc qu'ils tiennent des comportements partiels.

L'effet utile, objet de l'obligation, se produit en vertu du fait que la règle internationale, imposant un événement à réaliser ou éviter à l'Etat dans son ensemble, impose aussi à des personnes physiques-organes d'Etat de tenir ou éviter *tout* comportement qui aurait pour conséquence de produire ou d'éviter cet effet utile.⁵⁵ D'une

(⁵³) V. AGO R., Quatrième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.*, p. 108-109.

(⁵⁴) L'idée que l'individu ne peut jamais violer une règle de droit internationale en tant qu'il n'en est jamais le destinataire on la retrouve dans une des premières études d'Ago à ce sujet. V. AGO R., La responsabilità indiretta nel diritto internazionale. *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati* / ed. par Maria Antonietta DI BIASE, Giorgio GAJA, Giorgio GUARINO. Camerino : Jovene, 1978, vol. I, p. 16-18.

(⁵⁵) La distinction parmi obligation de résultat et de moyen est toujours délicate. De son côté, la jurisprudence de la CIJ ne donne pas de critères valables. Par exemple, dans l'avis concernant la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, la Cour a interprété l'article VI du traité sur la non prolifération des armes nucléaires comme une obligation de résultat. En particulier, elle a souligné qu'il ne s'agit pas d'une « simple obligation de comportement » alors que « l'obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis - le désarmement nucléaire dans tous ses aspects - par l'adoption d'un comportement déterminé, à savoir la poursuite de bonne foi de négociations en la matière ». V. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 263-264, points 99-100. D'après ce raisonnement, un Etat viole l'article VI au cas où il ne réaliserait pas un complet désarmement, bien qu'il ait poursuivi des négociations en bonne foi. Toutefois, dans le passage suivant, la Cour précise qu'il s'agit d'une « double obligation de négocier et de conclure » (*ibidem*, point 100). Donc, il s'agirait de deux obligations, de poursuivre des négociations (1^{er} effet-événement) et de parvenir au désarmement nucléaire complet (2^{ème} effet-événement). En réalité, l'interprétation de la Cour est évidemment incorrecte et dictée par des raisons de politique judiciaire. En effet, l'article VI précise que chaque Etat « s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations *sur* des

certaine manière, une fois introduite dans le droit interne, la norme internationale déclenche un devoir de conformité pour les organes de l'Etat, moyennant des comportements partiels orientés vers la réalisation de l'effet utile. En effet, même Ago souligna que « toutes les obligations internationales visent logiquement un but donné » : cette considération impose d'écarter la notion d'obligation de moyen comme entendu par la doctrine française, dans le sens qu'il suffirait de s'en acquitter en prouvant d'avoir fait tout ce qui est possible pour réaliser ou éviter un fait, qui pourtant s'est ou moins avéré.⁵⁶ A ce point, plusieurs problèmes se posent.

D'abord, il faut se demander quels sont les moyens aptes à réaliser ou éviter l'événement qui est l'objet de la règle internationale. Le mérite du concept d'obligation de comportement déterminé est de mettre en relief que l'effet utile (ou événement) énoncé par la norme internationale peut être atteint par un changement du droit interne, ce qui permet aux organes de tenir ou s'abstenir d'une conduite apte à réaliser un événement ultérieur.⁵⁷ En effet, l'objet des obligations de comportement déterminé est la réalisation d'événements juridiques ou l'interdiction d'appliquer des normes internes (comme dans le cas de l'immunité) : tous les exemples faits par rapport à ce type de règle visent des devoirs d'adopter ou d'abroger ou de ne pas appliquer des actes ou des règles juridiques.⁵⁸ Il y a toujours, en ce cas, un événement d'Etat. Par ailleurs, les « autres » obligations, classées comme « de résultat », sont des obligations de réaliser ou éviter un événement matériel, bien qu'elles ne spécifient pas les comportements des organes

mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements [...] *et sur* un traité de désarmement général » (italiques ajoutés). L'objet de la norme est d'obliger les Etat à poursuivre seulement des négociations tendant à un précis but (le désarmement). Pour cette raison, il s'agit d'*une seule* obligation qui impose aux Etats de négocier.

(⁵⁶) V. AGO R., Sixième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.*, p. 4. V. aussi supra, note 44.

(⁵⁷) En général, sur cette et autres questions relatives à la distinction parmi obligations de moyens et de résultat, v. WOLFRUM R., *Obligation of Result Versus Obligation of Conduct. Looking to the Future : Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* / ed. par Mahnoush ARSANJANI [et al.]. Leiden / Boston : Martinus Nijhoff, 2011, p. 373-376. Cet auteur interprète les obligations, qui se réfèrent au droit interne en précisant des comportements spécifiques, souvent juridiques (par exemple, l'édiction des mesures législatives ou exécutives), comme des obligations mixtes, du fait qu'elles sont subordonnées à la réalisation d'un ultérieur effet utile (un événement).

(⁵⁸) V. AGO R., Sixième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.* p. 5-8.

capables de poursuivre ce but. Dans ce cadre s'insère l'interprétation du juge international, un outil permettant de spécifier soit l'objet de l'obligation internationale soit les comportements-moyens de droit interne permettant de le réaliser ou l'éviter. Dans cette perspective, la fonction judiciaire contribue à la fixation des présomptions de causalité : lorsque un tel organe tient un comportement déterminé (par exemple, il applique les normes sur la prescription), l'effet utile de l'obligation ne pourra jamais se réaliser (l'Etat rend impossible l'accomplissement de l'obligation de punir le coupable de génocide). Etant donné que les organes agissent en vertu d'une norme interne, le rapport parmi comportements-partiels et événement acquiert un caractère normatif.

§3 – Obligations négatives.

Dans une première série de cas, la norme internationale *interdit* à l'Etat de produire, par ses organes, un événement. Pour être contraignantes, les obligations négatives doivent être immédiates, ne supportant aucun délai, et spécifiques, dans le sens qu'elles doivent prohiber un précis événement. En effet, si l'interdiction était soumise à un délai, elle ne qualifierait comme illicite un fait. Une fois incorporée, l'obligation négative définit un fait qui doit être retenue illicite aussi pour le droit interne. De cela découle un devoir, qui pèse sur tous les organes, d'éviter tout comportement apte à produire ce fait. L'objet (ou effet utile) de l'interdiction peut être matériel (comme normalement arrive dans le droit international pénal) ou juridique. Par exemple, l'immunité de la juridiction civile pour les actes « *jure imperii* » affecte une activité étatique bien définie (l'exercice du pouvoir judiciaire) capable d'engendrer la condamnation d'un Etat étranger au dommages-intérêts à bénéfice des individus. Il s'agit donc d'éviter l'édition d'un acte juridique affectant un Etat étranger. Partant, le « comportement » qui permet de produire l'effet utile (le devoir de ne pas condamner ou soumettre à exécution forcée les biens d'un Etat) est représenté par la disapplication des normes internes qui confèrent aux juges la compétence pour condamner un sujet, donc le pouvoir judiciaire. Souvent, en matière de l'immunité, l'organe en écarte l'application tout en supposant qu'il y ait une dérogation à cette règle. D'ailleurs, étant donné que le pouvoir judiciaire est conféré par des règles internes à des organes-personnes physiques, logiquement l'immunité devrait prohiber aussi l'édition même des normes qui permettent d'exercer le pouvoir judiciaire dans un cas particulier. En effet, la violation de la coutume de l'immunité est constatée

lorsqu'elle n'a pas été effectivement appliquée, et cela se passe dans la plupart des cas par la mise en œuvre d'une activité juridique concrète, donc un comportement spécifique (l'émission d'un arrêt ou d'un mandat d'arrêt, par exemple). Cela arrive parce que l'appréciation de l'instant de la violation de l'obligation internationale est liée en partie à la place occupée par la norme internationale dans le droit interne, si le différend ressort à la compétence d'un organe étatique. Si l'approche est « faible », alors la méconnaissance d'une obligation internationale est appréciée après l'accomplissement d'un comportement spécifique, matériel ou juridique, qui est lui-même l'événement prohibé. A l'inverse, si l'intégration est « forte » (par exemple, si l'obligation internationale occupe une place constitutionnelle dans la hiérarchie des normes), la violation de l'obligation pourra être constatée dans un niveau plus abstrait. En cette circonstance, la simple existence d'une norme interne qui oblige un organe de l'Etat ou lui confère la faculté de tenir un comportement apte à causer un événement contraire à l'obligation internationale pourrait être considérée contraire à cette obligation. Un exemple d'approche « forte », de type constitutionnelle, est exprimé par un passage de l'arrêt *Furundžija*. Comme on se lit, bien que

« normalement le maintien en vigueur ou l'adoption de lois internes contraires aux règles internationales n'engage la responsabilité de l'État en cause [...] que lorsque lesdites lois sont appliquées dans les faits »,

cependant « l'abolition de la torture a une *telle valeur* » que « le simple fait de maintenir en vigueur ou d'adopter une loi contraire à l'interdiction internationale de la torture engage la responsabilité internationale de l'État ».⁵⁹ L'approche « forte » est le signe que certains comportements spécifiques des organes sont capables de violer ou d'engendrer l'événement prohibé par l'interdiction internationale.

§4 – Obligations positives.

La norme internationale positive impose à l'Etat un *but* ou *fait à poursuivre*. Même dans ce cas, l'effet utile ne peut être accompli que par des comportements aspécifiques des organes de l'Etat, qui agissent sur le fondement de normes internes leur conférant des

(⁵⁹) V. TPIY, affaire n.° IT-95-17/1-T, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, arrêt du 10 décembre 1998, par. 150.

compétences. Si l'obligation positive est immédiate, sans être soumise à aucun délai d'exécution, elle engage tous les organes de l'Etat à tenir tout comportement permettant d'achever le résultat spécifique. Généralement les conventions qui protègent les droits de l'homme garantissent aux individus la liberté de n'être pas limités par des comportements étatiques, et dans ce sens elles pourraient bien être interprétées comme des obligations négatives, toutefois il faut souligner deux aspects. En premier lieu, ce procédé est évident dans la mesure où le droit garanti par la convention est de nature « absolue », c'est-à-dire que l'Etat ne peut pas en entraver la jouissance d'aucune manière. En l'espèce, l'obligation internationale impose à l'Etat de s'abstenir de tout comportement qui puisse restreindre cette liberté : par exemple, l'article 3 de la Convention EDH, d'après lequel « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants », ne peut jamais être dérogé suivant l'article 15 paragraphe 2.

En second lieu, les conventions qui permettent aux Etats de limiter certains droits par l'adoption de mesures qui visent à la protection d'autres valeurs : par exemples, les articles 8-11 de la Convention EDH ou l'article 19 paragraphe 3 du PIDCP.⁶⁰ Apparemment, il s'agirait plutôt d'un résultat « normatif » à atteindre en ces cas, et donc d'une obligation positive « juridique » : l'événement prescrit par l'obligation internationale vise la « conformité » d'une limitation étatique aux paramètres conventionnels. Par ailleurs, il faut noter que ces règles peuvent être lues de manière négative : les Etats ne doivent pas adopter une restriction, à moins qu'elle ne soit conforme aux canons conventionnels. En ce cas, donc, l'adoption de tout comportement différent du modèle conventionnel est prohibée. Il s'ensuit que l'approche de l'organe chargé de constater les violations est plus « forte », puisque la structure de l'obligation internationale lui permettra de se pencher directement sur la règle interne ou sur son

(⁶⁰) Par exemple, l'article 19 paragraphe 3 du PIDCP précise que l'exercice de la liberté d'expression peut être soumis à certaines restrictions « qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires [...] au respect des droits ou de la réputation d'autrui » et à la « sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ». De même, l'article 10 de la Convention EDH prévoit que la liberté d'expression peut être entravée par des « restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

interprétation, les « moyens » qui ont permis aux organes de réaliser la « restriction » d'un droit non conforme aux exigences conventionnelles. Il y a toutefois un autre aspect non secondaire. Dans la mesure où on peut constater que plusieurs obligations internationales relatives aux droits de l'homme ne visent que des événements négatifs, toutefois on peut parfois apercevoir l'existence du résultat « matériel », du bénéfice concret que la règle internationale protège en dernier ressort. Cela est très évident lorsqu'on considère le contenu de l'obligation positive de réparation. Par l'enjeu de celle-ci, la Cour EDH définit le contenu d'un droit. En l'espèce, les tribunaux suisses avaient rejeté la demande du requérant tendant à réviser l'arrêt interne, qui avait prohibé la diffusion d'un spot publicitaire sur l'élevage des porcs en batterie, afin de se conformer à la décision de la Cour EDH. En ce point, elle a constaté de nouveau une contrariété à l'article 10, mais pour violation d'une obligation positive, puisque les tribunaux suisses avaient empêché au requérant, par le rejet de la demande de révision, de diffuser le spot. Ce comportement a ainsi entravé la réalisation de l'événement matériel, objet de l'obligation positive de réparation : la possibilité de diffusion du spot.⁶¹ La constatation « immédiate » du contenu du droit découle du fait que la Cour eût déjà à se prononcer, lors de la première requête, à propos de la non-conformité à l'article 10 de la mesure interne qui avait restreint ce droit.

Par rapport aux obligations négatives, les obligations positives posent pourtant plusieurs questions, dont la première est l'identification de l'organe chargé d'exécuter le comportement prescrit. En effet, s'il n'y pas de norme interne conférant la compétence à mettre en œuvre le comportement prescrit par l'obligation internationale, la question se pose de savoir quels sont les organes qui, selon le droit interne, ont le pouvoir pour créer des ultérieures compétences. Dans ce cas, l'organe compétent pour créer des compétences internes sera chargé d'une première exécution de la norme. De surcroît, en imposant d'atteindre un résultat, ces normes sont violées après l'échéance du délai fixé pour la réalisation du comportement prescrit (par exemple, c'est le cas des droits économiques, sociaux et culturels). Comme pour les obligations négatives, le rapport hiérarchique entre norme internationale et interne détermine le degré de prévention des atteintes au droit international. En effet, si la norme internationale occupe une place

⁽⁶¹⁾ *V. Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (no 2)* [GC], no 32772/02, § 90, 98, CEDH 2009.

supérieure aux normes internes, cela implique la nécessité constitutionnelle de créer les compétences qui permettent d'accomplir l'action prescrite.

§5 – Les comportements aspécifiques et la fonction judiciaire internationale.

Le problème majeur demeure celui relatif à la spécification des comportements que les organes doivent tenir pour réaliser l'effet utile de la norme internationale. D'ailleurs, il devrait ressortir à une juridiction internationale, appelée à trancher un litige, la tâche d'indiquer les comportements concrets des organes et les normes juridiques qui, leur permettant d'agir, entravent ou imposent de produire cet effet. Cette activité de spécification n'est pas très répandue dans le contentieux international, mais il en a parfois des exemples. A l'inverse, dans le droit communautaire le mécanisme du renvoi préjudiciel permet à la Cour de Justice d'indiquer, au cours d'une procédure judiciaire, les normes internes qui entravent la production de l'effet utile de l'obligation internationale. Sur la base de ces normes, bien entendu, les organes tirent la compétence pour tenir un certain comportement. Donc, le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne s'exerce sur les « moyens » par lesquels l'Etat s'acquitte de l'obligation internationale. Souvent, les normes internes entravent le résultat à atteindre prescrit par l'obligation conventionnelle et, par conséquent, la Cour de Justice en ordonne la disapplication. D'ailleurs, le renvoi se fonde sur la justiciabilité de l'obligation conventionnelle, sur le fait que la position d'une personne privée soit directement visée par la règle communautaire (il s'agit d'un postulat) et sur le pouvoir de la Cour de Justice d'étendre la compétence normative des juges nationaux (la primauté).⁶² Par ce dernier outil, la Cour permet aux juges de créer ou d'anéantir, moyennant la disapplication, les normes internes qui empêchent la réalisation de l'*effet utile* (donc le but) de la norme communautaire. En plus, ce mécanisme permet d'agir avant que l'obligation en question soit méconnue, donc évidemment le renvoi est une technique à caractère préventif. En effet, les normes secondaires, qui imposent à l'Etat de réparer le préjudice subi par

(⁶²) Par exemple, le recours préjudiciel a été qualifiée comme un « vecteur » du monisme, entendu dans son acception kelsénienne, de suprématie de l'ordre international sur le droit interne. V. PESCATORE P., Monisme, dualisme et « effet utile » dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne. *Une communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias* / ed. par Ninon COLNERIC [et alii]. Berlin : Berliner Wissenschafts-Verlag, p. 333.

l'individu à cause de la non application définitive du droit communautaire, ont été développées par la Cour de Justice bien après la reconnaissance de l'effet direct. Cette caractéristique du droit communautaire a permis pour longtemps d'éviter le déclenchement d'une norme secondaire, dans la mesure où elle a prévenu la violation d'une obligation internationale moyennant l'élimination de toute norme interne contraire. Par ailleurs, dans le droit international « classique », l'acquiescement de l'obligation positive est constaté après sa violation et les organes éventuellement chargés d'en vérifier le respect ne sont saisis qu'après telle méconnaissance. Cela arrive souvent dans le cadre des contentieux parmi individus-Etats, lorsqu'il y a un organe interétatique chargé de vérifier le respect des obligations conventionnelles (y compris les normes secondaires, souvent codifiées dans ces engagements). Dans ces hypothèses, pourtant, ces organes aussi parfois apprécient directement quels moyens « juridiques » (donc les normes internes) ont entravé l'achèvement du résultat prescrit par l'obligation internationale, ainsi contribuant à la consolidation d'une règle de généralisation cause-effet.

d) Effet direct selon le droit de l'Union européenne.

Le système qui mieux décrit le schéma qu'on vient d'exposer est représenté par le droit européen. La Cour de Justice a bâti la construction juridique en résolvant, à l'occasion, quatre questions, telles que la caractérisation des destinataires des règles communautaires (I) l'individuation d'un organe interne chargé d'en prévenir tout possible manquement avec le principe de primauté (II) et la création de normes secondaires (III).

§1 – Le caractère *spécifique* de l'obligation communautaire par rapport aux individus.

Premièrement, la Cour de Justice des Communautés Européennes s'est occupée de spécifier les destinataires des règles communautaires. Dans le célèbre arrêt *Van Gend & Loos*, elle a affirmé qu'une obligation négative, tout en s'adressant aux Etats, « n'implique pas que leurs ressortissants ne puissent en être les bénéficiaires » et que, par

conséquent, « des effets directs » existent « dans les relations juridiques entre les Etats membres et leurs justiciables ». ⁶³ L'accent mis sur la nature suffisamment précise et inconditionnelle de l'obligation, qui permet son application directe, se heurte avec une constatation tout à fait contraire. En effet, l'interdiction d'introduire de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent (l'art. 12 du Traité de Rome du 1957) ne se réfère point à des droits individuels ou à la position des individus à l'égard de l'Etat. Autres décisions célèbres montrent comme la simple formulation de la règle internationale ne peut pas être considérée en soi comme la preuve de son effet direct. En effet, la Cour a reconnu l'effet direct d'une obligation qui, soumise à une réalisation progressive, ne visait nullement, dans son texte, des droits individuels. Bien que l'art. 52 du Traité de Rome clairement précisât que

« les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont progressivement supprimées au cours de la période de transition »,

l'effet direct de cette règle a été néanmoins retenu par la Cour de Justice, sur le constat qu'il s'agissait d'une « une obligation de résultat *précise*, dont l'exécution devait être facilitée, mais non conditionnée, par la mise en œuvre d'un programme de mesures progressives ». ⁶⁴ Encore, même si l'art. 119 du Traité de Rome énonçât que

« chaque État membre assure [...] l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail »,

⁽⁶³⁾ V. CJCE, 5 février 1962, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, Aff. 26/62, *Rec.*, p. 24. Il a été souligné que, dans l'arrêt *Van Gend & Loos*, la Cour a nié qu'une obligation négative peut avoir un effet direct en tant que telle. A l'inverse, l'approche est celle de considérer que « all that is fundamental is likely to have direct effect, much like the provisions of a constitution ». V. PESCATORE P., *Van Gend en Loos*, 3 February 1963 – A View from Within. *The Past and Future of EU Law* / ed. par Miguel POIARES MADURO, Loic AZOULAÏ. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 7. La Cour a ensuite précisé que « les droits au profit de particuliers découlent des dispositions mêmes du droit communautaire ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne des Etats membres ». V. CJCE, 14 décembre 1982, *Procureur de la République et Comité national de défense contre l'alcoolisme contre Alex Waterkeyn et autres*, Aff. Joint. 314/81, 315/81, 316/81 et 83/82, *Rec.*, p. 4337, par. 15.

⁽⁶⁴⁾ V. CJCE, 21 juin 1974, *Jean Reyners contre État belge*, C-2/74, *Rec.*, p. 631, par. 26. Italique ajouté.

la Cour en a déduit l'effet direct. En affirmant que ce principe « impose aux États une obligation de résultat », le fait que

« certaines dispositions du traité sont *formellement* adressées aux États membres n'exclut pas que des droits puissent être conférés en même temps à tout particulier intéressé à l'observation des obligations ainsi définies ». ⁶⁵

Comme on voit, bien au delà d'une simple et innocente analyse textuelle, il s'agit d'une certaine interprétation de la norme internationale, qui, d'après la Cour de Justice, concerne premièrement les individus.⁶⁶ Cela leur donne le pouvoir de portant plaint contre l'Etat ou des autres particuliers devant le juge pour la méconnaissance de la règle internationale.⁶⁷

(⁶⁵) V. CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, C-43/75, *Rec.*, p. 455, par. 31-32. Italique ajouté. V. aussi SIMON D., SABENA is dead, Gabrielle Defrenne's case is still alive : the old lady's testament... *The Past and Future of EU Law* / ed. par Miguel POIARES MADURO, Loic AZOULAÏ. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 271.

(⁶⁶) On a qualifié l'effet direct comme une « pervasive characteristic of Community law » puisque la Cour a attribué cette nature même à des normes du traité qui avaient besoin de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Etat ou des institutions pour être appliquées. V. DE WITTE B., *Agreement or Constitution? Reforming the Treaty on European Union: the legal debate* / ed. par Jan A. WINTER [et al.]. The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 12-16.

(⁶⁷) Il faut distinguer parmi l'effet direct, tel qu'il a été conçu par la Cour dans l'arrêt *Van Gend & Loos*, et l'effet direct qui se produit lors de la non transposition d'une directive dans le délai imparti. Dans le premier cas, l'effet direct ressort d'une certaine conception du droit communautaire, puisque « le préambule du traité [...] au delà des gouvernements, vise les peuples » et, par conséquent, le fait que la norme soit « claire et inconditionnelle » constitue un aspect secondaire. Dans le cas des directives, en revanche, l'effet direct marque l'aspect de sanction pour un manquement étatique : par exemple, en cas de non transposition, les individus ne peuvent pas se prévaloir d'un droit conféré par la directive à l'encontre des autres particuliers. V. DAMWIZ T., Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice - Effet anticipé, antérieur à l'expiration du délai de transposition, interprétation conforme aux directives, primauté et application "combinée" avec les principes généraux du droit. *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, vol. 43, p. 579 et sv. Toutefois, récemment la Cour de Justice a établi la possibilité qu'une directive non transposée puisse avoir l'effet d'écartier une norme interne lui contraire dans un rapport entre personnes privées, lorsque ladite directive concrétise un principe général du droit. V. CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, Aff. C-555/07, *Rec.*, p. 365-I. Pour une lecture très critique de cet arrêt, v. DUBOUT E., L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le « bateau ivre » a-t-il sombré ? *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, vol. 46, p. 293 et suiv. Bien évidemment, dans ce cas, c'est le principe général de droit communautaire de non

De cette manière, la Cour a établi une fois pour toutes que les obligations communautaires expriment des droits dont les individus en sont les titulaires lorsque l'événement prescrit par la règle internationale les affecte. En ce faisant, la Cour détermine *a priori* que les comportements imposés aux Etats par l'ordre communautaire concernent toujours un quelconque pouvoir étatique qui soit exercé à l'égard des individus.

§2 – L'identification de l'organe, les comportements *aspécifiques* et la primauté.

La Cour a déterminé l'organe chargé de faire respecter le rapport qui lie l'individu et Etat par l'enjeu de l'obligation internationale : c'est le pouvoir judiciaire.⁶⁸ En fait, comme il ressort clairement de l'arrêt *Simmenthal*, « tout juge national [...] a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers » puisque

« les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets [qui affectent] également tout juge qui [...] a, en tant qu'organe d'un Etat membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire ».⁶⁹

Par cette affirmation, la Cour de Justice établit une sorte de responsabilité du pouvoir judiciaire dans l'application des obligations communautaires primaires conférant des droits individuels. Constaté le « rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles communautaires », aux juges peut être reproché de n'avoir pas appliqué ou mal interprété une règle communautaire qui les affecte et confère des droits individuels. Cette responsabilité « découle des exigences *inhérentes* à la protection des droits des particuliers qui se prévalent du droit

discrimination qui est appliqué dans les rapports entre particuliers, comme la Cour avait déjà décidé dans l'affaire *Mangold*. V. LAZZERINI N., Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Küçükdeveci*. *Rivista di diritto internazionale*, 2010, vol. 93, p. 446.

(⁶⁸) Cela n'exclue pas toutefois que tous les organes de l'Etat sont tenus de faire application du droit communautaire, comme il a été précisé par CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo SpA contre Comune di Milano*, C-103/88, *Rec.*, p. 1839, par. 31.

(⁶⁹) V. CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, C-106/77, *Rec.*, p. 629, par. 14, 16 et 21. Italique ajouté.

communautaire ». ⁷⁰ Par cette voie, la Cour de Justice identifie l'organe compétent pour prévenir le manquement d'une obligation touchant les individus et lui indique les comportements aptes à prévenir une telle violation. L'axiome sur lequel se fonde l'approche théorique de la Cour est le suivant : du fait que les obligations internationales visent des droits individuels, il en découle que les juges nationaux sont les organes chargés de les faire respecter puisque, dans la majorité des Etats, il ressort au pouvoir judiciaire la tâche de protéger les droits.

En se référant au principe de primauté pour manipuler la distribution des compétences internes, la Cour a réussi dans sa mission de rendre effective l'application du droit communautaire et de prévenir les attentes aux dangers de fragmentation du système. En s'appuyant à la primauté, la Cour de Justice modifie directement les normes internes qui délimitent les compétences des juges nationaux, sur la base desquelles ils agissent. Par cette voie, la Cour estime les normes internes « anti-communautaires » dans la mesure où elles ne reconnaissent pas le pouvoir aux juges d'écarter toute norme interne contraire à n'importe quelle norme communautaire primaire ou secondaire, entravant ainsi l'accomplissement *effectif* de l'obligation internationale à l'égard des individus. ⁷¹ Par exemple, bien que la Cour ait affirmé à plusieurs reprises qu'il revient aux Etats membres de tirer toute conséquence lors de la violation du droit communautaire, toutefois, par l'application des principes d'équivalence de protection et d'effectivité, elle contrôle l'application du droit national et, le cas échéant, en ordonne la disapplication par le moyen du principe de primauté. ⁷² L'effet direct n'étant qu'un rapport entre le pouvoir

(⁷⁰) V. CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler contre Republik Österreich*, C-224/01., *Rec.*, 10239-I, par. 33 et 36.

(⁷¹) Dans le mots de la Cour, « la pleine efficacité du droit communautaire se trouverait tout aussi diminuée si une règle du droit national pouvait empêcher le juge saisi d'un litige régi par le droit communautaire d'accorder les mesures provisoires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence des droits invoqués sur la base du droit communautaire. Il en résulte que le juge qui, dans ces circonstances, accorderait des mesures provisoires s'il ne se heurtait pas à une règle de droit national est obligé d'écarter l'application de cette règle ». V. CJCE, 19 juin 1990, *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, Aff. 213/89, *Rec.*, p. 2433, par. 21.

(⁷²) Le principe d'équivalence permet à la Cour d'apprécier si les règles internes garantissent aux individus une réparation pour la violation du droit communautaire identique à celle prévue en cas de violation de normes internes conférant des droits individuels. Par exemple, la Cour a vérifié le respect d'un raisonnable délai de forclusion (v. CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier contre*

judiciaire, soumis à l'obligation internationale, et l'individu, le sujet auquel cette obligation est due, évidemment c'est la primauté à garantir l'effectif accomplissement de cette obligation par la disapplication des obstacles (les autres normes internes) qui entravent la réalisation du droit objectif. Il en ressort que la relation entre l'obligation communautaire et le droit national est « constitutionnelle » dans la mesure où la première prime le second à cause de sa supériorité hiérarchique.⁷³ Le moyen qui permet de mettre en œuvre cette obligation est la manipulation des compétences internes du pouvoir judiciaire, comme si celui-ci était un organe du système communautaire et sa compétence était réglée par cet ordre juridique. En effet, la norme imposant la primauté appartient à l'ordre communautaire, en tant qu'elle règle sur la production juridique dès qu'elle établit indirectement la place de la norme communautaire dans la hiérarchie des Etats membres en lui conférant un pouvoir de « résistance » à l'égard des autres normes internes.⁷⁴ Dans

Bundesrepublik Deutschland, Aff. C-445/06, *Rec.*, p. 2119-I, par. 31-35) ou la façon dont l'Etat aménage les voies de droit interne pour attaquer un acte administratif par rapport à l'application des règles communautaires (v. CJCE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL contre Administración del Estado*, Aff. C-118/08, *Rec.*, p. 653-I, par. 48). D'autre côté, en vertu du principe d'effectivité, la Cour vérifie que l'application des normes internes n'empêche pas aux individus d'obtenir une protection effective lors de la violation d'un droit conféré par les normes communautaires. Par exemple, la Cour a jugé contraire au droit de l'Union une règle nationale sur la procédure « en vertu de laquelle les appréciations portées par une juridiction supérieure nationale s'imposent » à une juridiction inférieure, « lorsqu'il apparaît que les appréciations portées par la juridiction supérieure ne sont pas conformes au droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour ». V. CJCE, 3 septembre 2009, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate contro Fallimento Olimpichub Srl*, Aff. C-2/08, *Rec.*, p. 7501, par. 39. Pareillement, la Cour a jugé anti-communautaire une certaine interprétation des normes internes retenue par les juridictions nationales qui entrave la jouissance de l'obligation secondaire à la réparation. V., par exemple, CJCE, 9 décembre 2003, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, Aff. C-129/00, *Rec.*, p. 14637-I, par. 41.

(⁷³) Pour une approche fédérale du droit communautaire, v. WAHL N., *Europeanisation Beyond Supremacy. The Europeanisation of International Law* / ed. par Jan WOUTERS, André NOALLKAEMPER, Erika DE WET. The Hague : Asser Press, 2008, p. 22-23.

(⁷⁴) V. DE WITTE B., *Agreement or Constitution? Reforming the Treaty on European Union: the legal debate* / ed. par Jan A. WINTER [et al.]. The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 12 et suiv.

cette prospective, il a été justement noté que les juges européens ont interprété les traités « as national lawyers when making the Community legal order ».⁷⁵

§3 – Les normes secondaires.

La Cour a spécifié les normes secondaires qui doivent être appliquées lors de la violation d'une obligation primaire, en affinant leur contenu et leur portée. Celui est toutefois un développement récent du droit communautaire, puisque le système judiciaire intégré permet de prévenir les violations de la règle internationale. Avec une certaine symétrie, comme les individus sont les directs bénéficiaires d'une obligation primaire, ainsi ils ont droit à la réparation lors de sa violation, même dans la limite d'une violation « suffisamment caractérisée » d'une règle primaire.⁷⁶ La responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire étant d'abord dérogée par rapport au défaut ou incorrecte transposition des directives,⁷⁷ ensuite elle a été étendue à toute infraction du droit communautaire commise par l'Etat.⁷⁸ On peut donc remarquer l'évolution de ce principe : à l'origine, dans l'arrêt *Francovich*, la responsabilité de l'Etat est mise en cause bien que l'individu ne soit pas encore titulaire du droit, la directive non transposée ne pouvant lui conférer immédiatement aucun droit. Après l'arrêt *Brasserie du pêcheur*, la responsabilité de l'Etat est engagée aussi lors de la violation d'une règle communautaire déjà self-executing, donc directement applicable : par exemple, la Cour a apprécié cette responsabilité dans le cas où l'art. 34 du Traité avait été violé par l'Irlande « par le refus de délivrer une licence d'exportation, en violation de l'article 34 du traité [... qui] a pour

(⁷⁵) V. SPIERMANN O., *The Other Side of the Story : An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order*. *European Journal of International Law*, 1999, vol. 10, p. 787.

(⁷⁶) TOMUSCHAT C., *Individuals. The Law of International Responsibility* / ed. par James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 989-990.

(⁷⁷) V. CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*, C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, p. 5357-I.

(⁷⁸) V. CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, p. 1029-I.

objet de conférer des droits aux particuliers ». ⁷⁹ Cette responsabilité, « inhérente » au système des traités, permet aux individus de postuler une réparation effective. ⁸⁰

Vues les caractéristiques fondamentales du système communautaire, par la suite on verra dans quelle mesure ce modèle trouve une certaine correspondance avec des règles de droit international coutumier et conventionnel.

(⁷⁹) V. CJCE, 23 mai 1996, *The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, C-5/94, *Rec.*, p. 2553-I, par. 25.

(⁸⁰) V., *inter alia*, CJCE, 26 mars 1996, *The Queen contre H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, C-392/93, *Rec.*, p. 1631-I, par. 38. Il a été remarqué l'originalité du dessin de la Cour, qui a mis en place un système de responsabilité « which reaffirms the distinctiveness of the EU constitution », dans une sorte de « love triangle » réunissant l'individu, son Etat membre et la Cour de Justice. V. BIONDI A., *In Praise of Francovich. The Past and Future of EU Law* / ed. par Miguel POIARES MADURO, Loic AZOULAI. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 413-414. Cette considération apparaît tout à fait superficielle dans la mesure où l'originalité du système communautaire de la responsabilité est lue par rapport au droit international. En effet, lorsqu'une juridiction internationale tranche un litige concernant une obligation internationale visant les individus, elle souvent précise la norme secondaire applicable pour remédier à la violation.

Chapitre 1 – Les normes coutumières

Dans ce chapitre, on vérifiera la présence de quelque élément tiré du schéma général dans des domaines qui concernent l'application d'obligations négatives, principalement coutumières, s'adressant aux individus.

Le premier est celui de l'immunité. Cette règle coutumière, normalement directement appliquée par les juges, pourrait être interprétée comme une obligation négative visant un « comportement déterminé » (et donc juridique) dans la mesure où elle empêche l'exercice du pouvoir judiciaire. C'est en effet l'application de la norme sur l'immunité qui permet de poursuivre le résultat de ne pas exercer aucun pouvoir juridictionnel ou de contrainte à l'égard d'une personne ou d'un Etat étranger. Ces aspects sont évidents lorsque à la violation de l'immunité est rattachée une norme secondaire (section I).

En second lieu, on abordera des questions relatives du domaine du droit international pénal. On verra l'entrelacement parmi les normes primaires coutumières qui, en s'adressant aux individus, définissent comme illicite un comportement précis. Ensuite, des considérations seront faites par rapport aux obligations de prévenir, punir et réparer les crimes internationaux, qui acquièrent la fonction d'engager la responsabilité individuelle de manière indirecte, par l'entremise des Etats (section II).

Section 1. Les règles en matière d'immunité.

La coutume internationale, qui protège les Chefs d'Etat, de Gouvernement et du personnel diplomatique en charge de toute acte de contrainte judiciaire ou exécutive à leur encontre, a bien évidemment la nature d'une obligation négative,⁸¹ en tant qu'elle interdit l'exercice d'un pouvoir étatique affectant la position des personnes physiques.⁸²

(⁸¹) Par exemple, Hans Kelsen soutient que l'immunité est un devoir des juges de ne pas exercer la juridiction, étant l'Etat 'legally prevented' d'exercer sa souveraineté. V. KELSEN H., *Principles of International Law*. Holt: Rinehart and Winston Inc., 1966, p. 345. Récemment, l'immunité a été définie comme un droit individuel quant à la forme mais, in concreto, comme une obligation de l'Etat de 'non-use of authority', c'est-à-dire une obligation négative. V. SUCHARITKUL S., Immunities of foreign States before national authorities. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1976, vol. 149, tome I, p. 95. Cette interprétation a été partagée par SINCLAIR I., *The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments. Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1980, vol. 167, tome II, p. 199. L'idée que l'immunité soit une obligation négative est soutenue par les travaux de la Commission de Droit international sur l'immunité de la juridiction pénale des agents publiques: "on the one hand there is a right for the State's jurisdiction not to be exercised over the person enjoying immunity, while on the other hand there is a duty of the State that has jurisdiction not to exercise it over the person enjoying immunity". V. KOLODKIN R., Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'Etat de la juridiction pénale étrangère, U.N. Doc. A/CN.4/601, p. 28, par. 58.

(⁸²) De l'analyse des premières études sur l'immunité, ce double aspect émerge. D'un côté, l'immunité est considérée comme un devoir de l'Etat de s'abstenir de tout acte de contrainte et juridiction à l'égard d'un diplomate : donc, l'Etat ne doit pas exercer sa souveraineté envers certains sujets (« elle signifie que le gouvernement auprès duquel est accrédité un agent diplomatique a le devoir de s'abstenir envers ce dernier de tout acte de violence » et que les diplomates 'doivent être soustraits à toute contrainte légale »). D'autre côté, l'immunité est vue aussi comme une sorte de droit des individus (« l'inviolabilité attribuée aux ministres publics est le droit pour eux d'être à l'abri de toute offense »), dont la violation ne pourrait être alléguée que par l'Etat de nationalité du diplomate. V. PRADIER-FODERE P., *Cours de droit diplomatique à l'usage des agents politiques du Ministère des Affaires Etrangères des Etats européens et américaines*. 2^e éd. Paris: Pedone, 1899, tome II, p. 13. Toutefois, il n'y a pas d'accord général sur le fait que l'immunité de la juridiction civile et pénale soit une obligation d'abstention pesant sur l'Etat-hôte. On parle souvent, par exemple, d'une obligation d'exemption (à ce propos, selon l'art. 12 du 'Règlement sur les immunités diplomatiques', adopté par l'*Institut de droit international*, « le ministre publique à l'étranger, les fonctionnaires officiellement attachés à sa mission, et les membres de leur famille demeurant avec sont exempts de toute juridiction » : v. *Annuaire de l'Institut de droit international: Session de Cambridge*, vol. 14. Paris : Pedone, 1895, p. 243. Dans des autres cas, l'immunité est définie comme l'obligation de l'Etat-hôte de « garantir » un certain traitement aux diplomates. V. HURST C., Les immunités diplomatiques.

D'une manière analogue, l'immunité de la juridiction civile protège les mêmes individus, ainsi que les Etats étrangers, de toute plainte de nature civile portée à leur rencontre.⁸³

Il faut néanmoins noter que la coutume portant l'immunité de juridiction peut acquérir un certain caractère préventif lorsqu'on la considère comme apte à empêcher un ultérieur fait matériel, à prévenir un acte de contrainte ou de violence d'origine étatique à l'encontre de certains sujets : des personnes physiques (ambassadeurs et toute personne jouissant de l'immunité personnelle) ou morales (Etats étrangers). Lorsqu'on interprète le pouvoir judiciaire comme apte à régler l'emploi de la force étatique, cette fonction apparaît évidente. Tout type de procès (civil ou pénal) amène, en dernier ressort, à apprécier des faits pour permettre le déclenchement d'une procédure exécutive : à la suite d'un procès, la force étatique dévient légitime. De ce point de vue, la fonction primaire de l'immunité est celle de prévenir que la force étatique soit déployée à l'encontre d'une personne (dans les cas de l'immunité personnelle) ou des biens d'un Etat (dans le cas de l'immunité de juridiction) qui ne relèvent pas de l'autorité de l'Etat du for en tant qu'expression d'un autre pouvoir souverain. En conséquence, l'immunité de juridiction possède une fonction bien définie une fois lue à la lumière des conséquences juridiques qui pourraient découler lors de sa méconnaissance. L'événement qu'elle permet d'entraver par ricochet est l'exercice concret d'un acte de contrainte étatique et légitime à l'encontre d'une personne (par exemple, la mise en garde-à-vue suite à une arrestation ou la condamnation à expier une peine) ou des biens appartenant à un Etat (la condamnation

Recueil des cours: Académie de droit international de La Haye, 1926, vol. 12, tome III, p. 124 et 142 ; GIULIANO M., Les relations et immunités diplomatiques. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1960, vol. 100, tome II, p. 88. D'ailleurs, parfois les textes de codification formulent la règle sur l'immunité d'une manière positive et subjective (« a diplomatic agent shall enjoy immunity » : c'est l'art. 31 de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961*) mais aussi d'une manière négative et plutôt objective (« the consular officers and consular employees shall not be amenable to the jurisdiction of the judicial or administrative authorities of the receiving State » : il s'agit de l'art. 43 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963* United Nations, Treaty Series, vol. 596, p. 261).

(⁸³) Par exemple, l'immunité de la juridiction civile des Etats étrangers a été interprétée comme une obligation négative de l'Etat du for de s'abstenir de l'exercice de sa juridiction à l'égard de l'Etat étranger. V. par exemple SINCLAR I., *The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments*, *op. cit.*, p. 199. V. aussi SUCHARITKUL S., *Immunities of Foreign States before national authorities*, *op. cit.*, p. 95.

est, dans la plupart des cas, le moyen général pour déclencher la saisine des biens ou l'exécution forcée, aux cas où le débiteur serait insolvable).⁸⁴ L'évolution historique a probablement contribué à l'émergence d'une règle séparée, l'immunité de juridiction, qui aurait pour objet le devoir de ne pas tenir un comportement spécifique (de caractère normatif : les règles internes qui déterminent la compétence des tribunaux), apte en soi à prévenir, de manière générale, tout acte de contrainte étatique. L'étendue du pouvoir de juridiction, comportement spécifique par rapport à l'interdiction générale de déployer la force à l'égard de certaines catégories de personnes ou des biens relevant d'un Etat étranger, a été identifiée comme la cause, ou la source, qui autorise normalement le déploiement de cette force étatique, ainsi devenant une règle internationale autonome et séparée, visant une activité étatique précise.

Bien qu'imprécises qu'elles soient, deux données pourraient donner quelque indice pour soutenir cette thèse. D'abord, une preuve historique. Depuis que le statut du personnel diplomatique est devenu un sujet d'étude approfondi vers la fin du XIX^{ème} siècle, on a souvent souligné l'aspect de l'inviolabilité des chefs de missions diplomatiques de tout acte de contrainte ; ce principe est souvent lu conjointement à l'immunité : « cette prérogative signifie que le *gouvernement* près duquel ils sont accrédités a le devoir de s'abstenir envers eux de tout acte de violence », y compris évidemment la violence privée.⁸⁵ On retrouve la même position en ce qui concerne

(⁸⁴) Par cela s'explique l'ancienne justification de l'immunité comme extraterritorialité, suivant laquelle « l'agent diplomatique, quoiqu'il soit corporellement présent sur le territoire du pays auprès duquel il est accrédité, est considéré à tous égards comme continuant à résider sur le territoire du pays qu'il représente ». V. HURST C., *Les immunités diplomatiques*, *op. cit.*, p. 145. En fait, il ne serait pas possible d'exercer la force sur une personne absente. Ce constat rappelle le concept moderne de l'application territoriale du droit, alors que le paradigme médiéval se fondait sur le lien de fidélité, et donc un lien de rattachement personnel, existant entre le Prince et ses ressortissants. La fiction de l'extraterritorialité sert pour justifier le fait que l'Etat ne puisse pas exercer son pouvoir de contrainte à l'encontre de certaines personnes ou biens présentes sur son territoire : autrement, son pouvoir n'aurait point été 'absolu'.

(⁸⁵) V. *Annuaire IDI – Session de Hambourg 1891* (Bruxelles : Imprimerie Lesigne, 1928-II), p. 1161. Même plus anciennement, on souligna l'inviolabilité de la personne et des biens de l'ambassadeur contre toute contrainte publique : « Suit à parler des privilèges et immunités de l'Ambassadeur, non seulement pour le regard de la personne, mais aussi de ses domestiques, et de tout ce qui lui appartient » p-76 Il ajouta « Rarement certes [a] ont violé ce respect que la loi de gens (j'ai osé dire de nature) a imprimé aux esprits des hommes ». J. Hotman, *L'ambassadeur. Par le sieur de Vill. H.* (Source : Bibliothèque nationale de France, département Droit, économie,

l'immunité de juridiction de l'Etat des actions civiles des particuliers : dans la première résolution à ce sujet, l'*Institut de droit international* avait spécifié toutes les hypothèses où les individus auraient pu porter plainte à l'encontre d'un Etat étranger, en les complétant avec les conditions, énoncées dans l'article 1er de la résolution du 1891, où les biens de l'Etat étranger n'auraient pas été saisis.⁸⁶ Cet aspect souligne que chaque plainte individuelle est orientée par sa nature vers l'exécution d'un arrêt en condamnation, donc vers la probable mise en place d'un acte de contrainte. La deuxième preuve est la norme de réparation. En effet, son objet est une restitution, mais pas forcément de nature juridique puisque l'obligation de rétablir la situation qui aurait existé sans le délit se pose comme un devoir d'action ayant pour but de mettre à néant toutes conséquences fâcheuses de l'action illicitement commise.⁸⁷

La norme secondaire vise parfois à bloquer la potentielle exécution interne d'un arrêt, qui permettrait l'emploi de la force, moyennant son annulation. C'est le cas, notamment, de

politique, 1603), p. 76-78. Plus récemment, l'immunité diplomatique de la juridiction pénale a été considérée comme « immunité de toute contrainte », puisque l'exemption de cette juridiction « n'a pas de grande importance sans l'emploi des moyens de contrainte qui sont prohibés ». V. L. Strisower, 'L'extraterritorialité et ses principales applications' 1 RECUEIL DES COURS 233 (1923-I), p. 253.

(⁸⁶) V. Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers. *Annuaire de l'Institut de droit international : Session de Hambourg 1891*. Bruxelles : Imprimerie Lesigne, 1928-II p. 1215 et suiv.

(⁸⁷) Le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz avait souligné la difficulté de tracer une distinction parmi restitution juridique et matérielle. Presque toute restitution est de nature « matérielle », puisque à cette fin les organes de l'Etat parfois n'y parviennent que par un changement du droit interne. « On peut peut-être conclure que, dans la mesure où la distinction entre *restitutio* matérielle et *restitutio* juridique est utile dans le système juridique national de l'Etat auteur, elle se présente, du point de vue des relations découlant d'un fait internationalement illicite, comme une distinction relative. Elle ne fait que souligner la diversité des opérations que les institutions de l'Etat auteur doivent faire pour que la restitution en nature ait lieu. Un premier ensemble d'actions, que l'on peut regrouper sous la catégorie de *restitutio* matérielle, comprend les actions des organes de l'Etat n'exigeant pas, du point de vue du droit national, de modification d'ordre juridique. Un second groupe d'actions comprendrait celles des organes législatifs, administratifs ou judiciaires, qui ont un effet juridique du point de vue du droit interne de l'Etat auteur, et en l'absence desquelles la restitution ne pourrait être réalisée. Il s'ensuit que la *restitutio* matérielle et la *restitutio* juridique ne doivent pas être considérées comme des remèdes différents, mais comme des aspects distincts d'un seul et même remède ». V. ARANGIO-RUIZ G., Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1988, vol. II (1), p. 27.

l'immunité de juridiction. Il s'agirait ici d'un événement plutôt juridique à produire (l'annulation) apte pourtant à prévenir le risque qu'un autre événement, de nature matérielle (l'acte de contrainte), se produise. Dans cette perspective, on peut bien saisir la nature « préventive » de l'immunité de juridiction. Au contraire, la norme secondaire parfois prescrit de réparer un fait matériel, par la remise en liberté du sujet arrêté ou la restitution d'un bien, au cas où il aurait été exproprié, selon l'instant où la violation de l'immunité a été constatée. Il est évident alors que le contenu de cette obligation dépendra du fait qu'à la suite d'un arrêt en condamnation un acte de contrainte matérielle se soit ou moins déjà réalisé, en prenant forme de restitution matérielle.⁸⁸ Le même s'avère pour l'immunité personnelle – qui se confond avec l'inviolabilité : v. Tehran.

On abordera des problèmes relatifs à l'immunité en analysant les arrêts de la Cour Internationale de Justice relatifs aux affaires *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* et *Immunité juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*.⁸⁹ En particulier, on verra comme, d'un côté, la Cour ne se soit jamais prononcée clairement sur le fondement théorique des immunités de juridiction, en se refusant de répondre à la question de savoir si et dans quelle mesure elles limitent l'étendue de la juridiction des Etats. Cela est bien évidemment un choix délibéré, qui marque une ligne de continuité depuis l'affaire *Lotus*, expression du célèbre principe de la liberté des Etats quant à la réglementation de leur compétence.⁹⁰ D'autre

(⁸⁸) V. Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite. *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), pp. 103-104.

(⁸⁹) Respectivement, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, et *Immunité juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*, arrêt, 2012, non publié.

(⁹⁰) Il y a une certaine tautologie dans le raisonnement de la Cour lorsqu'elle se penche sur le fondement de l'immunité, en vertu de la distinction, jamais éclaircie, parmi normes substantielles et procédurales. Par exemple, dans l'affaire *Yerodia*, la Cour distingue parmi la responsabilité pénale de l'individu, une question 'de fond', et celle de l'immunité, de nature procédurale. Cela lui permet d'affirmer, sans aucune apparente contradiction, que 'les règles gouvernant la compétence des tribunaux nationaux et celles régissant les immunités juridictionnelles doivent être soigneusement distinguées : la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence'. V. C.I.J., *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, arrêt, p. 29, point 59. De la même manière, en se référant sur ce point à l'arrêt *Yerodia*, la Cour souligne le caractère procédural de l'immunité. V. C.I.J., *Immunité juridictionnelles de l'Etat*, arrêt, p. 25 point 58.

côté, la Cour montre un certain « activisme » dans la mesure où elle précise le contenu de la norme secondaire. Relativement à cet aspect, ces décisions dévoilent une certaine approche « forte » au droit international à l'égard de l'Etat lors de la spécification du contenu de l'obligation secondaire de réparation.

§1 – Primauté et norme secondaire dans l'affaire *Mandat d'arrêt*.

En affirmant que l'immunité de la juridiction et l'inviolabilité protègent la personne physique « contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État », dans l'affaire *Yerodia* la Cour Internationale de Justice a établi que la simple émission d'un mandat d'arrêt issu par un juge belge à l'encontre du Ministre des affaires étrangères congolais en charge avait méconnu la règle concernant l'immunité de la juridiction pénale.⁹¹ La Belgique a été condamnée pour avoir réalisé un événement « juridique », l'émission d'un acte, bien que celui-ci, fondé sur une loi interne conférant aux juges la juridiction universelle, n'eût pas été exécuté. Il en résulte que, aux yeux de la Cour, c'était l'exercice d'un certain pouvoir étatique à être l'objet de la norme internationale, et non son étendue abstraite. La Cour aurait pu néanmoins soutenir que la loi belge, en tant que base de la compétence du juge à édicter le mandat, était contraire par elle-même à la coutume relative à l'immunité personnelle, dès lors que la Belgique avait promulgué cette loi dans l'intention de codifier une dérogation coutumière à la règle sur l'immunité, dont on supposait l'existence.⁹² Au contraire, en appréciant la légalité du mandat d'arrêt par rapport à la

(⁹¹) V. C.I.J., *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, arrêt*, p. 22-29, points 54, 70 et 75. Sur l'affaire, v. SALMON J., *Libres propos sur l'arrêt del la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique)*. *Revue belge de droit international*, 2002, vol. 35 et suiv.; VERHOEVEN J., *Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. *Revue belge de droit international*, 2002, vol. 35, p. 531 et suiv.; CASSESE A., *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*. *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, p. 853 et suiv.; SUMMERS M., *The international Court of Justice's decision in Congo v. Belgium: how has it affected the development of a principle of universal jurisdiction that would obligate all States to prosecute war criminals?* *Boston University International Law Journal*, 2003, vol. 21, p. 63 et suiv.

(⁹²) Le juge d'instruction belge avait émané le mandat d'arrêt en se fondant sur la loi du 16 juin 1993, qui avait donné exécution à la Convention de Genève du 1949 et au Premier Protocol Additionnel du 1977. En outre, d'après l'art. 7 de cette loi, l'exercice de la juridiction pénale universelle était admis par rapport aux crimes envisagés par cette Convention, même si l'individu

norme coutumière sur l'immunité, la Cour se borna à préciser que la norme internationale empêche l'édiction d'un tel acte.⁹³

Ce qui ne s'accorde pas avec ce choix est la coordination avec la norme secondaire : une fois établi que le simple constat de l'illégalité du mandat d'arrêt n'était pas suffisant à rétablir le *status quo*, la Cour a invité la Belgique à « mettre à néant » l'acte concerné.⁹⁴

mis en examen n'était pas dans le territoire de la Belgique (in absentia). Ensuite, la loi du 10 février 1999, portant modifications de la loi du 1993, étendit le champ d'application de la juridiction universelle in absentia aux crimes de génocide et contre l'humanité et enleva l'immunité aux inculpés (« l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi »). V. C.I.J., *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, Contre-Mémoire du Royaume de Belgique, p. 73-77. Selon la Belgique, cette règle reproduisait une norme coutumière qui prive de l'immunité les Ministres des Affaires étrangères en charge lorsqu'ils sont coupables d'un crime de droit international (*ibidem*, p. 119). En revanche, en remarquant la « confusion conceptuelle » de ces considérations, le Congo affirmait qu'il n'était tout à fait correct de « faire d'une règle de responsabilité pénale personnelle une exception à une règle d'immunité de juridiction, alors que la règle de l'immunité est relative à la compétence de juridictions internes répressives et que le principe de responsabilité pénale personnelle est relatif à la culpabilité du délinquant ». V. C.I.J., *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, Audience publique tenue le mardi 16 octobre 2001 : Compte Rendu (CR 2001/6), p. 9.

⁽⁹³⁾ En s'appuyant au fait que le Congo, dans ses conclusions, lui avait demandé de se prononcer seulement sur la licéité du mandat et non sur la licéité de la loi interne belge conférant la juridiction universelle, la Cour s'est limitée à la première question. Or, cela n'a pas lui empêché d'admettre que, d'un point de vue logique, "it is only where a State has jurisdiction under international law in relation to a particular matter that there can be any question of immunities in regard to the exercise of that jurisdiction". V. C.I.J., *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, arrêt, p. 20, point 46. Il s'agit donc d'une justification purement formelle, comme relevé par GAJA G., *La discutibile revoca del mandato d'arresto di un ex ministro degli esteri. Rivista di diritto internazionale*, 2002, vol. 80, p. 371. Cet auteur souligne que la Cour n'a pas abordé la question de la conformité de la loi belge au droit international puisqu'il y avait des divergences parmi les juges à ce sujet, comme clairement il ressort des opinions individuelles. Il soutient aussi que l'obligation de réparation aurait un sens seulement après avoir constaté la licéité de la loi belge par rapport au droit international. En conséquent, on peut se poser la question de savoir si la définition de la norme secondaire a été un objectif que la Cour a voulu atteindre, en montrant 'l'activism' qui avait caractérisé cette période là. En effet, la décision de la Cour peut être vue comme une invitation au juge d'appliquer directement la règle secondaire. V. SHAW M. N., *The Yerodia case: remedies and judicial function. Revue belge de droit international*, 2002, vol. 35, p. 559; v. aussi GATTINI A., *Domestic Judicial Compliance with International Judicial Decisions: some paradoxes. From Bilateralism to Community Interest : Essays in Honour of Judge Bruno Simma* / ed. par Ulrich FASTENRATH [et alii]. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1175.

⁽⁹⁴⁾ V. C.I.J., *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, arrêt, p. 32, point 76.

D'après la Cour, la *restitutio in integrum* a la forme de l'annulation/nullité de l'acte judiciaire entaché d'illégalité. Cette obligation de « mise à néant » envisage notamment les normes internes qui confèrent le pouvoir aux organes de l'Etat d'éliminer des actes contraires à une règle supérieure. Il s'agit donc d'un résultat à atteindre (l'annulation) par l'application des normes internes qui règlent le pouvoir d'annulation. A ce point, on peut remarquer le décalage existant parmi l'individuation du fait générateur de la responsabilité (c'est le mandat d'arrêt, et non sa base juridique, à méconnaître l'obligation internationale) et le résultat auquel il faut parvenir pour y remédier (l'annulation). Si tout type de « mise à néant » suppose que, au préalable, il y ait une contrariété parmi l'acte juridique adopté et une norme supérieure, logiquement cette norme de référence était la loi conférant aux juges belge la juridiction. Mais, à son tour, c'était cette loi, qui avait permis aux juges d'édicter le mandat d'arrêt, à être entachée d'illégalité pour la méconnaissance de la coutume sur l'immunité. Pour donner un sens au raisonnement de la Cour, il faut conclure que, d'une manière implicite, elle a considéré la norme sur l'immunité comme une norme de référence par rapport à la loi conférant juridiction : partant, l'immunité limiterait ainsi le pouvoir législatif de l'Etat lors de l'établissement des conditions de la juridiction. Autrement, la norme secondaire de « mise à néant » ne trouverait aucune justification du point de vue juridique. Si le mandat d'arrêt doit être considéré « nul » du fait que les juges belges n'avaient pas le pouvoir de l'édicter selon le droit international, le véritable fait générateur de la responsabilité est la même loi nationale, qui avait conféré un tel pouvoir aux juges. C'est la loi nationale, contraire au droit international, le moyen qui permet de constater la nullité du mandat d'arrêt. Par ailleurs, pour la Cour cette loi consacre une espèce d'écran sacrée par rapport à son pouvoir d'appréciation : pour des raisons de politique judiciaire, elle ne se pousse pas jusqu'à statuer sur la validité de la loi.

Cette interprétation peut trouver un appui sur l'arrêt de la *Cour de Cassation* belge rendu en 2003 portant l'application de la coutume sur l'immunité personnelle des Chefs d'Etat et de Gouvernement en charge. Cette affaire concernait l'enquête judiciaire menée à l'encontre d'Ariel Sharon sur la base de la loi du 16 juin 1993, modifiée en 1999. Bien que la Cour de Cassation ait affirmé que, selon l'art. 5 § 3 de la loi du 16 juin 1993, l'immunité personnelle n'empêche pas l'application de la sous-dite loi, elle a néanmoins précisé que cette loi interne violait le

« principe de droit pénal coutumier international relatif à l'immunité de juridiction lorsque la personne protégée est poursuivie, comme en l'espèce, devant les juridictions nationales d'un Etat s'attribuant une compétence universelle par défaut »

au cas où elle serait interprétée « comme ayant pour objet d'écarter l'immunité [*ratione personae, n.d.r.*] que ce principe consacre ».

Enfin,

« ladite règle ne peut donc avoir cet objet mais doit être comprise comme excluant seulement que la qualité officielle d'une personne puisse entraîner son irresponsabilité pénale à raison des crimes de droit international énumérés par la loi ».⁹⁵

Bien que la Cour Internationale de Justice et la Cour de Cassation de la Belgique aient employé la même règle de référence (la coutume sur l'immunité), elles en ont vérifié le respect à l'égard de deux actes différents, à la fois le mandat d'arrêt et la loi interne. Lorsque, dans le premier cas, l'interprétation de la coutume comme obligation négative a entraîné le devoir d'appliquer les normes internes permettant d'annuler un acte juridique, dans le second cas elle a mené à la cassation d'un acte interne, une fois interprétée la loi interne conformément à l'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice, et donc à la règle coutumière sur l'immunité. Il est donc évident comme les deux juridictions ont appliqué un *modus decidendi* de nature constitutionnel-hiérarchique pour trancher le même type de litige.⁹⁶ C'est encore plus évident qu'il s'agit de l'expression du principe

⁽⁹⁵⁾ V. *Cour de Cassation de Belgique*, arrêt, 12 février 2003, P.02.1139.F/7-8. Bien que la Constitution de la Belgique ne contienne aucune norme visant l'incorporation du droit international au droit interne, cela n'a jamais empêché les cours de se servir du droit coutumier ou conventionnel comme normes de référence, lorsqu'ils sont 'self-executing'. V. D'ARGENT P., *Jurisprudence belge relative au droit international public (1993-2003)*. *Revue belge de droit international*, 2003, vol. 37, p. 579. Les arrêts belges concernant le droit international montrent que souvent les concepts d' 'applicabilité directe' et d' 'effet direct' se mélangent. Ce qui est certain c'est qu'une norme d'effet direct est aussi directement applicable. A l'inverse, le défaut d'effet direct est établi lorsque l'Etat dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour mettre en œuvre les obligations internationales, indépendamment du fait que les individus soient envisagés par la norme (v. *ibidem*, p. 590).

⁽⁹⁶⁾ Dans l'affaire *Sharon*, la Cour de Cassation belge n'a pas fait emporter la norme internationale coutumière sur la loi interne, comme au contraire il se passe pour les normes conventionnelles directement applicables. V. D'ARGENT P., *Jurisprudence belge relative au droit international public (1993-2003)*, *op. cit.*, p. 627. Toutefois, l'interprétation de la loi interne conforme à la norme internationale apparaît, dans les paroles de la Cour, 'obligée'.

de primauté du droit international par rapport au droit interne, qui pourtant n'est pas exclusif au droit communautaire.

Cette conclusion est d'autant plus vraie lorsqu'on considère l'immunité personnelle, dont certains individus bénéficient, comme l'expression d'une règle plus générale, qui interdit l'emploi de la force étatique à l'égard de certaines personnes. D'ailleurs, si on partage l'idée que l'immunité personnelle de la juridiction pénale tend, en dernier ressort, à empêcher tout acte de contrainte étatique à l'égard d'une personne, l'exercice de la juridiction serait simplement *un* moyen pour éviter cet événement (l'arrestation). Toutefois, il s'agit d'une règle tellement ancrée dans le droit international que, d'après une série de répétition dans le temps, on peut aisément supposer que les normes conférant la juridiction soient désormais devenues l'objet d'une obligation séparée (notamment de l'immunité de juridiction) par rapport à la règle de l'inviolabilité, puisque elle est normalement *le* moyen apte à régler l'emploi de la force étatique à l'encontre des personnes. A la suite d'un processus historique, la règle de l'immunité personnelle de juridiction est devenue spéciale par rapport à l'interdiction générale de ne pas soumettre à violence étatique une personne déterminée, et les comportements aspécifiques propres à l'inviolabilité-règle générale sont devenus spécifiques par rapport à l'immunité de juridiction.

§2 – Primauté et norme secondaire dans l'affaire Immunités Juridictionnelles de l'Etat.

Cette façon d'approcher la question de l'immunité a été reprise par la Cour Internationale de Justice à l'occasion de l'affaire *Immunités Juridictionnelles de l'Etat*. Même dans cet arrêt, on peut relever l'approche à la fois « souple » et « forte » de la Cour à l'égard, respectivement, de la question de la liberté des Etats de fixer à leur choix l'étendue de la juridiction et de la spécification de la norme secondaire.

Pour ce qui concerne le premier aspect, la Cour n'a pas réussi à bien accorder les différentes théories qui expliquent le fondement de l'immunité des Etats. Le point de départ de son raisonnement est le constat que l'immunité exprime « l'égalité souveraine des Etats », définie comme « un des principes fondamentaux de l'ordre juridique international ». Toutefois un second principe régit la matière, c'est-à-dire « le pouvoir de

juridiction » de l'Etat « à l'égard des faits qui se produisent sur son sol et des personnes qui y sont présentes ». En mélangeant savamment ces deux règles, la Cour en conclut que « l'immunité *peut* constituer une dérogation [...] au pouvoir de juridiction » qui découle de la souveraineté tandis que « les exceptions à l'immunité de l'Etat *constituent* une dérogation au principe de l'égalité souveraine ». ⁹⁷ Cet entrelacement entre règle et exception, de tout à fait logique et formel, cache une contradiction. En effet, le fondement de l'immunité et de ses exceptions est rapporté à deux principes séparés, respectivement l'égalité des Etats et le pouvoir souverain de fixer librement l'étendue de la juridiction. Il n'y a pas de hiérarchie entre eux, aucun conflit surgit parmi le pouvoir absolu de régler la juridiction et le fait que l'immunité le limite. Cela est évidemment contradictoire puisque l'Etat ne peut pas être libre d'établir l'étendue de sa juridiction et, en même temps, être limité par la règle de l'immunité, qui entrave la juridiction à l'égard des actes « *iure imperii* ». ⁹⁸ Cette considération pourrait avoir un sens seulement si on

(⁹⁷) V. C.I.J., *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, arrêt, p. 24, point 57. Italiques ajoutés.

(⁹⁸) Il y a d'ailleurs une autre solution pour éviter toute contradiction. En effet, on peut interpréter l'immunité comme une renonciation de l'Etat territorial à exercer la juridiction à l'égard de l'Etat étranger. Cet argument a cependant été avancé par les auteurs qui nient le caractère coutumier de l'immunité. Par exemple, d'après Lauterpacht, si les Etats reconnaissent l'immunité sur une base de réciprocité, cela exclurait la nature coutumière de l'immunité puisque l'obéissance à une règle ne peut pas dépendre de la réciprocité. L'immunité étant en conséquence un privilège reconnu par l'Etat du for à l'Etat défendeur, auquel celui-ci n'aurait autrement droit, le pouvoir de l'Etat de fixer librement l'étendue de la juridiction est la règle. V. LAUTERPACHT H., *Jurisdictional Immunities of Foreign States*. *British Yearbook of International Law*, 1951, vol. 28, p 228-229. Cette opinion a été reprise par CAPLAN L., *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens : A Critique of the Normative Hierarchy Theory*. *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, p. 754. Cet auteur souligne que l'immunité est une « *practical courtesy between states* ». Toutefois, il faut quand même remarquer que pour certains Etats, comme aux Etats Unis, l'immunité est conçue par les juges une « *matter of grace and comity* » et non une règle de droit international, sur le prémisses du caractère absolu de la souveraineté territoriale. V. DAMROSCH L. F., *Changing the International Law of Sovereign Immunity through National Decisions*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, vol. 44, p. 1187-1192. Relativement aux travaux de codification sur la question des immunités des Etats, la Commission de droit international a souvent manifesté le souci d'arriver à un compromis entre le principe de la souveraineté territoriale absolue et la nécessité de justifier l'immunité sans limiter ce pouvoir. En effet, tout en admettant, dans un premier temps, que « *the first prerequisite* » à l'étude de l'immunité est de définir une « *valid jurisdiction* » en harmonie avec les règles de droit international, la Commission a ensuite affirmé que l'étude sur la « *compatibility with general international law of a State's internal law on the extent of jurisdiction* » ne concernait pas ses travaux. Ce choix de méthode a été justifiée à la lumière du principe de souveraineté absolue, « *any restraint or suspension du*

considère que l'exercice de la juridiction soit défendu par la règle coutumière : en conséquent, seulement l'acte concrètement adopté par le juge, qui viole l'immunité, serait le fait générateur de la responsabilité de l'Etat. Cette vision est néanmoins très restrictive dans la mesure où elle n'identifie pas la source de la violation. En effet, la Cour a jugé que l'Italie avait méconnu l'immunité de l'Allemagne à cause des arrêts et des mesures d'exécution forcée édictées par les juges italiens, sans spécifier le fondement de droit interne de ces actes juridiques et conformément à la requête allemande.⁹⁹ Dans le passage central réservé à cet argument, la Cour a affirmé que l'immunité détermine « si les tribunaux d'un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre ».¹⁰⁰ Ensuite, elle a complété cette affirmation en jugeant que

« les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *jus cogens*, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *jus cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application ».¹⁰¹

De manière plus manifeste par rapport à l'affaire *Yerodia*, en parlant de « règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction », la Cour s'est évidemment référée à l'immunité : c'est donc cette norme à limiter la juridiction des Etats. De cela en découle que l'immunité, *devant* (et non *pouvant*) être interprétée comme une « dérogation [...] au pouvoir de juridiction », limite la marge de manœuvre des Etats en tant que règle supérieure aux normes internes.

A ce point, il faut examiner comment la Cour a précisé le contenu de la norme secondaire de réparation. Alors que dans l'arrêt *Mandat d'arrêt* elle se borna à prescrire une obligation de « mettre à néant » l'acte, dans l'affaire *Immunité juridictionnelles* la Cour a adopté une approche plus sophistiquée, due à l'hétérogénéité des décisions italiennes dont l'Allemagne s'était plainte devant elle. Exception faite de l'arrêt *Distomo*,

pouvoir judiciaire devant être considéré comme une limitation de la 'absolute sovereignty' » des Etats. V. Jurisdictional Immunities of States and their property. *Yearbook of International Law Commission*, 1982, vol. II (Part two), p. 101.

(⁹⁹) V. C.I.J., *Immunité juridictionnelles de l'Etat*, arrêt, p. 20 point 44 et p. 23 point 53.

(¹⁰⁰) V. C.I.J., *Immunité juridictionnelles de l'Etat*, arrêt, p. 38, point 93.

(¹⁰¹) V. C.I.J., *Immunité juridictionnelles de l'Etat*, arrêt, p. 38, point 95. C'est n'est pas surprenant que, dans ce passage, la Cour ait fait référence à l'affaire *Yerodia*.

dont le caractère exécutif avait été reconnu par l'application d'une norme de droit international privé, les arrêts *Ferrini* et *Mantelli* se distinguent peu par leurs motivations, le premier se fondant aussi sur une prétendue obligation internationale de juridiction universelle, le seconde s'appuyant sur une dérogation coutumière en voie de formation, qui l'emporterait sur l'immunité de la juridiction de l'Etat lors de la commission d'un certain type d'acte « iure imperii ». ¹⁰² Or, dans l'affaire *Yerodia*, c'était une loi interne qui conférait la juridiction universelle de manière explicite : donc, les prémisses étaient tout à fait similaires. Au fondement de deux affaires il y avait une règle conférant juridiction à l'égard de sujets déterminés. Bien que la Cour Internationale ne se soit pas prononcée directement sur la règle de juridiction universelle, elle en a néanmoins exclu l'existence en abordant le sujet par l'immunité.

En réponse à la requête allemande de réparation, la Cour a mélangé les normes secondaires de la cessation du fait illicite et de la *restitutio*, en distinguant parmi les décisions qui sont « encore en vigueur » et les « les effets de ces décisions et mesures qui se sont déjà produits ». Pour ce qui regarde les premières, elle « doivent cesser de produire effet » lorsque les « effets » des secondes « doivent être supprimés ». ¹⁰³ La Cour

⁽¹⁰²⁾ La *Corte di cassazione*, dans l'arrêt *Ferrini* du 11 mars 2004, avait aussi affirmé de pouvoir appliquer la règle de la juridiction civile universelle, qui, considérée comme une obligation découlant d'une norme de *jus cogens*, empiéterait sur l'immunité de juridiction civile. En citant l'arrêt *Furundžija*, elle précisa que les crimes internationaux, en tant qu'ils affectent l'entière humanité, pouvaient être poursuivis par tous les Etats indépendamment du lieu de leur commission. De manière analogue – la Cour continua – il était évident que « il principio della universalità della giurisdizione valga anche per i processi civili che traggono origine da tali reati ». (point 9). Pour ces raisons, les juges italiennes pouvaient trancher le différend devant eux ainsi en appliquant la juridiction universelle, les faits à l'origine du différend étant des crimes internationaux (point 12.9). V. *Corte di cassazione*, Sezioni Unite, *Ferrini*, 11 marzo 2004, n. 5044. *Rivista di diritto internazionale*, 2004, vol. 87, p. 539. En revanche, dans son ordonnance de règlement de juridiction (affaire *Mantelli*), la Cour a nié à l'Allemagne le droit de se prévaloir de l'immunité puisque le respect de droits de l'homme, dans son 'contenu axiologique' de « metavalore » (sic !), ne s'accorderait pas avec l'immunité pour des raisons d'équité. Contrairement au précédent arrêt *Ferrini*, la Cour souligne que les actes étaient tous accomplis dans le territoire de l'Etat et que, par conséquent, la question de la juridiction universelle ne se posait pas. V. *Corte di cassazione*, Sezioni Unite, 29 maggio 2008, *Mantelli*, n. 14201, p. 13-14 dans *CED Cassazione civile*. Pour une critique sur les nombreuses contradictions de la jurisprudence italienne, v. GATTINI A., War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision. *Journal of International Criminal Justice*, 2005, vol. 3, p. 237-239.

⁽¹⁰³⁾ V. C.I.J., *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, arrêt, p. 49, point 137.

ne se soucie pas de séparer le concept de réparation et cessation ; elle constate plutôt que le fait que

« certaines des décisions judiciaires en cause aient pu acquérir du point de vue du droit interne italien un caractère définitif, n'est pas de nature à faire disparaître l'obligation de restitution à la charge de l'Italie ». ¹⁰⁴

Dans cette affaire, la Cour n'a pas évoqué le paradigme de l'annulation, en se bornant plutôt à celui de la cessation des effets juridiques. Toutefois, normalement la cessation des effets d'un acte juridique issu d'un pouvoir public découle de l'appréciation de son illégalité ou du fait qu'il a atteint son but. La deuxième hypothèse exclue, il en ressort que la Cour a indirectement souligné le devoir de « mettre à néant » des arrêts qui méconnaissent l'immunité en tant qu'obligation internationale supérieure au droit interne. Cela est particulièrement évident lorsque la Cour se réfère au législateur. ¹⁰⁵ En effet, différemment par rapport à *Mandat d'arrêt*, la Cour a indiqué *un* des moyens par lequel l'Italie pourrait s'acquitter de l'obligation secondaire, à savoir « la promulgation d'une législation appropriée » ; ce constat, d'après le raisonnement déjà exposé, se réfère aux normes qui règlent l'annulation des actes édictés en violation d'une norme de référence. Notamment, les normes de référence sont l'immunité de juridiction et d'exécution par rapport aux contraires normes internationales conférant juridiction, telles que la *Corte di Cassazione* avait « inventées » et appliquées dans les procès. Alors que l'objet de l'immunité de la juridiction est le devoir de ne pas réaliser un fait de nature juridique (condamnation de l'Etat ou de la personne) qui, normalement, demande une abstention des organes de l'Etat d'exercer la juridiction (c'est le comportement-moyen, dont la source sont les normes internes qui règlent l'étendue de la juridiction), l'obligation de mettre a néant rappelle le comportement d'autres organes de l'Etat pour réaliser un événement juridique positif (anéantissement de l'acte).

Si on interprète l'immunité de la juridiction comme *un* moyen apte en soi à entraver tout acte de contrainte sur les biens d'un Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for, en l'espèce le véritable but de l'immunité de juridiction était de bloquer l'exécution forcée des biens allemands en Italie. Cependant, seulement une hypothèque (donc un acte

(¹⁰⁴) V. C.I.J., *Immunité juridictionnelles de l'Etat, arrêt*, ibidem.

(¹⁰⁵) V. C.I.J., *Immunité juridictionnelles de l'Etat, arrêt*, p. 50, point 137.

juridique) avait été inscrite à la charge de Villa Vigoni. Cela a permis à la Cour de rien juger par rapport à la réparation de l'immunité de l'exécution, bien qu'elle ait soigneusement distinguées les deux règles.¹⁰⁶ En effet, si un acte de contrainte avait été effectivement pris à l'encontre de ce bien (par exemple, une vente judiciaire), la Cour aurait dû se prononcer explicitement à ce sujet, par exemple en imposant la restitution du bien. Au contraire, elle a retenu suffisant se référer au devoir de faire cesser les effets des actes juridiques édictés en violation de l'immunité. En conséquent, d'après la Cour, la cessation des effets des jugements et des autres mesures « contraires aux immunités *de jurisdiction* » ont pour conséquence de priver aussi d'effet toute mesure d'exécution, capables à leur tour de permettre l'emploi de la force étatique.¹⁰⁷ La séparation parmi immunité de jurisdiction et d'exécution dans cette affaire n'est qu'un expédient rhétorique et montre, encore une fois, le caractère nettement préventif de la règle de l'immunité de jurisdiction par rapport à l'emploi de la force étatique.

En ce qui concerne l'exécution de l'arrêt de la CIJ, dans une motivation par moments incompréhensible, la première chambre criminelle de la *Corte di cassazione* a récemment annulé une décision de la *Corte Militare d'Appello* de Rome qui avait écarté l'immunité et condamné l'Allemagne au paiement de dommages-intérêts pour la commission d'un crime international dans le territoire italien. La *Cassazione* a accueilli le grief pour 'violation de loi', allégué par le défenseur de l'Allemagne, la *Corte d'appello* ayant à son tour fondé sa décision sur la prétendue existence d'une dérogation à l'immunité lors de l'accomplissement d'une activité 'iure imperii'.¹⁰⁸ Tout en affirmant de n'être pas liée par la décision de la CIJ, la *Cassazione* a admis que les précédents arrêts *Ferrini e Mantelli* n'ont représenté que des « tentatives » d'affirmer des principes de « civilité juridique » qui, après la décision de la CIJ, ne pouvaient plus être appliquées en tant que dépourvues d'un consensus international.¹⁰⁹ Plus articulée et juridique est la motivation rendue par le

(¹⁰⁶) V. C.I.J., *Immunité juridictionnelles de l'Etat*, arrêt, p. 46, point 124.

(¹⁰⁷) V. C.I.J., *Immunité juridictionnelles de l'Etat*, arrêt, p. 50, point 137. L'Allemagne, dans ses conclusions, n'avait point parlé d'immunité d'exécution. Elle n'avait demandé à la Cour de constater que « en prenant des mesures d'exécution forcée visant la «Villa Vigoni», [...] la République italienne a également violé l'immunité de jurisdiction de l'Allemagne ». V. C.I.J., *Immunité juridictionnelles de l'Etat*, arrêt, p. 11, point 17.

(¹⁰⁸) V. *Corte di cassazione*, I^a sezione penale, *Baumann*, 30 maggio 2012, n. 32139, p. 6.

(¹⁰⁹) V. *Corte di cassazione*, op. cit., *Baumann*, p. 18 point 6.

Tribunale di Firenze dans l'arrêt *Manfredi*.¹¹⁰ Dans cette affaire, le *Tribunale* a adopté une vision « forte » du droit international, en jugeant que la combinaison entre l'art. 94 della Charte des Nations Unies et l'article 11 de la Constitution italienne imposent de se conformer à la décision de la CIJ. D'après le juge, la plainte du requérant tendant à engager la responsabilité civile de l'Allemagne est irrecevable après l'arrêt de la CIJ puisque l'immunité entraîne la carence du pouvoir judiciaire à l'égard de cette requête. Concevoir l'immunité comme une limitation au pouvoir judiciaire de l'Etat signifie que, d'un point de vue logique, cette norme est supérieure aux règles internes qui confèrent ce pouvoir. Bien que le juge italien ait ancré cette supériorité hiérarchique sur l'article 11 de la Constitution – qui impose à l'Etat de se conformer à des systèmes juridiques dont le but est garantir la paix et la sécurité internationale et, par conséquent, d'exécuter les décisions de la CIJ d'après l'article 94 de la Charte – cette considération n'envisage pourtant que le caractère contraignant de l'arrêt international. En effet, c'est la règle de droit international y affirmée qui est supérieure au droit interne ; en particulier, elle « engage les juges en tant qu'organe de l'Etat » et non les parties au litige. Il s'agit donc d'un effet direct entendu dans son acception « générale », par cela entendant que le droit international, en tant que limite au pouvoir des Etats, en affecte l'exercice lorsqu'il concerne des situations juridiques individuelles. Par conséquent, les individus, dans le cas de l'immunité de la juridiction civile, ne pourront pas bénéficier d'un droit à la réparation à l'égard de l'Etat contre lequel ils portent plainte, normalement garanti par le droit interne lors de la commission d'un quelconque fait illicite. Il s'agit donc d'un effet de la norme internationale qui, agissant sur les normes internes conférant juridiction – entrave de manière indirecte l'application des règles conférant un droit de réparation aux individus.

(¹¹⁰) V. *Tribunale di Firenze*, 28 marzo 2012, *Manfredi*. *Rivista di diritto internazionale*, 2012, vol. 95, p. 585-586.

Section 2. Les règles en matière de droit international pénal.

Dans le domaine du droit international pénal, des auteurs ont affirmé que les individus sont sujets d'une coutume internationale, qui leur impose « directement » des interdictions sans aucune entremise de l'Etat de rattachement et indépendamment du lieu de la commission du crime.¹¹¹ Par conséquent, la norme internationale concernerait directement les personnes privées, sujets d'un devoir, en engageant leur responsabilité personnelle. Un bref aperçu historique nous permet d'affirmer que ce type de responsabilité – et, par conséquent, la correspondante obligation étatique de punir les individus – s'est développé avant la mise en cause de la responsabilité étatique du fait d'avoir accompli un tel crime, tel que la CIJ a établi dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (§1). Ensuite, on verra la liaison parmi l'obligation de punir et de prévenir par rapport à la norme primaire s'adressant directement aux individus (§2).

§1 – Les sujets destinataires de la norme internationale pénale.

A la fin du XVIIIème siècle, le droit international pénal, en tant que partie du droit public interne, se bornait à régler l'exercice de la juridiction criminelle par rapport à des infractions commises à l'étranger, tandis que la commission d'un délit dans le territoire de l'Etat était le titre général pour l'application de la loi criminelle et, par conséquence, le fait attributif de juridiction.¹¹² Alors que la juridiction dépendait du lieu de la commission

(¹¹¹) D'après la pensée de certains auteurs du début du XXème siècle, bien que des infractions de nature internationale, comme la piraterie, s'adressassent formellement à l'Etat, elles, en réalité, concernaient aussi les individus, en leur imposant des interdictions. Toutefois, on admettait que 'en l'état actuel de l'organisation internationale, leur réalisation ne peut pas se passer de leur intermédiaire' (de l'Etat, n.d.r.). V. POLITIS N., *Les nouvelles tendances du droit international*. Paris : Librairie Hachette, 1927, p. 65-66. Ensuite, c'était le *Tribunal de Nuremberg* le premier à affirmer l'existence d'une coutume internationale punissant les crimes de guerre. V. DONNEDIEU DE VABRES H., *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international. Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1947, vol. 70, tome I, p. 513-514. Aujourd'hui, v. CASSESE A., *International criminal law*. 2e éd. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 3

(¹¹²) V. DONNEDIEU DE VABRES H., *Introduction à l'étude du droit pénal international*. Paris : Recueil Sirey, 1922, p. 4-7.

du crime, le choix d'établir une compétence pénale universelle, indépendante de ce critère, était justifié par la « nature du délit lui-même », en tant que « lésant des intérêts communs à tous les États ». C'était évidemment le cas de la piraterie (infraction commise dans des espaces ne relevant de la souveraineté d'aucun Etat), tandis que de la traite des noirs, des femmes ou des enfants (infractions commises sur le territoire de plusieurs Etats).¹¹³ Juste après la première guerre mondiale, la définition d'une infraction comme « internationale », en tant qu'affectant le territoire de plusieurs Etats, fut interprétée par certains auteurs de manière nouvelle, dans la mesure où il fallait protéger des valeurs internationales, une sorte d'ordre public international. Par exemple, le droit international pénal était parfois défini comme l'ensemble des règles visant à la répression de conduites tenues par les Etats et les individus « de nature à troubler l'ordre public international et l'harmonie entre les peuples ». Les crimes internationaux, protégeant des valeurs d'importance fondamentale, portaient atteinte aux « intérêts fondamentaux d'ordre moral et matériel, qui imposent l'établissement et le maintien de relations pacifiques entre les membres de la communauté internationale ».¹¹⁴ Or, cette idée trouve un fondement juridique dans l'article 227 du *Traité de paix de Versailles*, qui avait imposé la mise en accusation de l'Empereur Guillaume II pour « offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ». Toutefois, la rédaction même de cette règle n'avait pas trouvé un consensus général auprès de la Conférence de paix, le Japon et les Etats Unis n'ayant pas voté en sa faveur. Même dans sa phase exécutive, des difficultés surgirent du fait que les Pays-Bas n'avaient pas voulu extradier le *Kaiser*, réfugié sur leur

(¹¹³) V. DONNEDIEU DE VABRES H., *Les principes moderne du droit pénal international*. Paris: Recueil Sirey, 1928, p.143-165. Le concept de juridiction universelle apparaît comme la concrétisation d'un projet bien précis, née de la codification pénale autrichienne du 1803 et puis reproduit par des autres codifications. L'idée c'est que les crimes internationaux, en tant que protecteurs de « l'intérêt de l'humanité entière », peuvent être poursuivis par n'importe quel Etat, sans la nécessité d'aucun rattachement personnel (comme la nationalité) ou territorial de l'infraction à l'Etat. Toutefois, la juridiction universelle n'était concevable qu'au cas où la loi de l'Etat concerné aurait prévu l'infraction : cela montre qu'il n'y avait pas encore une définition 'autonome' de crime international, déliée d'un rattachement au moins territorial. Par ailleurs, des auteurs avaient cité la piraterie en haute mer comme exemple pour affirmer qu'il s'agissait d'une conduite punie « en vertu du droit coutumier », à défaut de loi interne et de conventions internationales. V. FAUCHILLE P., *Traité de droit international public*. Paris: Rousseau, 1921-1925, tome I, 2e partie, p. 90-91.

(¹¹⁴) V. PELLA V., *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*. Bucarest : Imprimerie de l'Etat, 1926, p. 80 et 172 et suiv.

territoire, en alléguant sa position d'Etat tiers par rapport au traité de paix. En plus, l'Hollande refusa l'extradition puisque « l'offense suprême contre la morale internationale » d'après l'article 227 du *Traité de Versailles* n'était pas un crime puni ni par la loi hollandaise ni par les lois des « Puissances requérantes ». ¹¹⁵ En effet, l'engagement de la responsabilité pénale et directe d'un souverain, et, en général, d'un organe étatique, à l'époque n'était pas encore un principe commun partagé par les Etats. Comme il est aisément démontrable, jusqu'à la première guerre mondiale, généralement une amnistie était octroyée lors de la cessation d'une guerre pour éviter le déclenchement d'un autre conflit, puisque derrière les « personnes qu'on accuserait d'avoir causé un préjudice pécuniaire ou commis un délit [...] se trouverait toujours l'état pour lequel elles ont combattu ». En revanche, l'amnistie pouvait être évitée au cas où l'Etat qualifierait les actes commis comme des « crimes communs ». ¹¹⁶

La punition d'un crime international prend forme de sanction à l'égard d'une inertie étatique seulement après la seconde guerre mondiale. En effet, l'idée s'impose de réprimer, à niveau international, des crimes qui, perpétrés dans plusieurs Etats, n'avaient pas été punis par l'Etat de nationalité des coupables tout en ayant affectés la communauté internationale dans son ensemble. L'effet de la punition comme sanction donc s'affirme. L'exemple fondamental demeure l'article 1^{er} de l'*Accord de Londres*, d'après lequel le *Tribunal militaire* de Nuremberg devait poursuivre des crimes « sans localisation géographique précise » ¹¹⁷ du fait que « la carence de l'Etat allemand » avait mis les Etats vainqueurs « en contact nécessaire et direct avec les individus ». ¹¹⁸

Parallèlement à ce procès d'émergence d'une justice pénale internationale, on assiste aussi à la spécification des infractions internationales. A ce propos, il faut mentionner le travail de la Commission des Quinze qui, réunie pour établir la façon dont punir les

(¹¹⁵) Pour cette reconstruction des faits, v. MERIGNAHAC A ; LEMONON E., *Le droit des gens et la guerre de 1914-'18*. Paris : Recueil Sirey, 1921, tome II, p. 570-573.

(¹¹⁶) V. BLUNTSCHILI J. C., *Le droit international codifié* [traduit de l'allemand par M. C. LARDY ; précédé d'une biographie de l'auteur par A. RIVIER]. Paris : Guillaumin, 1895, p. 399-401, articles 710 et 712.

(¹¹⁷) V. *United Nations, Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis* ("London Agreement"), 8 August 1945, 82 UNTS 280 (1951).

(¹¹⁸) V. DONNEDIEU DE VABRES H., *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, *op. cit.*, p. 486.

responsables des atrocités commises pendant la première guerre mondiale, avait posé la question de savoir si les infractions internationales pénales auraient une nature coutumière. En effet, les crimes commis dans les territoires des Etats belligérants étaient déjà tous élevés en infractions dans chaque Etat. Or, on ne décidait pas de créer une nouvelle catégorie de crimes contre l'humanité, en considérant suffisant le renvoi de l'article 1 de la IV Convention de La Haye du 1907 au devoir, pour l'Etat, de protéger la population sur la base des

« principes de la loi internationale, tels qu'ils résultent de l'usage établi parmi les peuples civilisés, des lois de l'humanité et des prescriptions de la conscience publique ».

Ce fut le Statut du *Tribunal pénal militaire* de Nuremberg qui spécifia, pour la première fois, que les crimes internationaux seraient punis indépendamment du fait d'être déjà prévus par les lois de chaque Etat (v. art. 6).¹¹⁹ Il y a donc une sorte d'affranchissement et d'autonomie du concept d'interdiction pénale.

Une fois établie la nature coutumière des normes pénales internationales, le problème central demeura néanmoins de préciser les destinataires de ces normes.¹²⁰ À la fin du procès de Nuremberg, il parut tout à fait évident que les coupables des crimes contre l'humanité eussent été les sujets qui avaient agi en tant que chargés d'une fonction publique : cette opinion fut entièrement partagée par la doctrine.¹²¹ Pareillement, on soutenait que, dans tous les cas, la norme coutumière s'adressait aux Etats aussi, chargés d'une obligation internationale. De ces considérations, une certaine ambiguïté peut

(¹¹⁹) Pour le travail de la Commission, v. GRAVEN J., Les crimes contre l'humanité. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1950, vol. 76, tome I, p. 446-450 et p. 458.

(¹²⁰) V. BASSIOUNI C., *Crimes against humanity*. 2e éd. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 82-86; v. aussi CASSESE A., *International criminal law*, op. cit., p. 108.

(¹²¹) V. GRAVEN J., Les crimes contre l'humanité, op. cit., 478-479. Des autres avaient répondu par la négative à la question de savoir si les normes coutumières étaient directement applicables aux individus dépourvus de la qualité d'agents publics. DONNEDIEU DE VABRES H., Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international, op. cit., p. 523-524. En revanche, diverses affaires tranchées à Nuremberg montrent que le droit international « as such, binds every citizen just as does ordinary municipal law. Acts adjudged criminal when done by an officer of the Government are criminal also when done by a private individual ». V. *United States Military Tribunal*, 'The Flick Trial', 18 L.R.T.W.C. 1 (London: His Majesty's Stationery Office), p. 18

aisément être aperçue. En effet, il s'agit d'établir la portée et la fonction des normes qui prohibent la commission des *gross violations*.

En premier lieu, lorsqu'on parle de responsabilité internationale individuelle, et donc de nature pénale, bien évidemment il faut que la norme de droit international pénal s'adresse aux individus, chargés d'un devoir d'abstention. Toutefois, vue l'absence d'un système collectif de contrainte qui pourrait sanctionner directement ces personnes, à l'Etat, qui a un certain lien avec l'infraction ou le coupable, revient d'engager la responsabilité individuelle. Ceci étant, exception faite du cas où une cour internationale aurait une compétence exclusive issu d'un acte du Conseil de Sécurité (comme est le cas des TPI *ad hoc*), la règle coutumière (mais plus souvent conventionnelle), qui défend la commission d'un événement, impose aux Etats l'obligation d'ériger en infractions pénales, assorties de sanctions, certaines conduites, ainsi que de punir les coupables ou de les extraditer.¹²²

Chargée de la tâche de formuler les règles employées par le *Tribunal de Nuremberg*, la CDI a confirmé que les destinataires de la coutume imposant l'interdiction de commettre certains crimes sont des individus et que cette règle existe indépendamment d'une prévision spécifique de chaque Etat. En effet, d'après le I^{er} Principe, toute personne peut être coupable de la commission d'une infraction réglée par le droit international qui

(¹²²) La distinction entre responsabilité individuelle et étatique avait été illustrée par SPERDUTI G., *L'individu et le droit international. Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1956, vol. 90, tome II, p. 766-787. Selon cet auteur, le droit international pénal, développé après la seconde guerre mondiale, aurait une nature ambivalent, puisque les normes y afférentes peuvent être interprétées soit comme des obligations positives à la charge des Etats de poursuivre et punir certaines conduites portant atteinte au *jus gentium* soit comme des normes affectant directement les individus. Dans ce dernier cas, en se fondant sur les décisions du Tribunal de Nuremberg, la norme internationale, qui exprime une interdiction adressée aux individus, devrait primer toute norme contraire. Toutefois, cette vision fortement 'moniste' du droit international pénal ne pourrait pas être entièrement partagée puisque « la voie qui [...] s'ouvre au droit international pour parvenir à régler d'une façon directe la conduite humaine consiste à rechercher que les Etats acceptent précisément ceci ». Donc, c'est seulement par l'intervention de l'Etat que l'individu est responsable de la perpétration d'un crime international. Par conséquent, il n'y aura pour l'Etat que l'obligation d'ériger en infraction une certaine conduite interdite par le droit international et de punir effectivement les coupables. V. aussi SICILIANOS L.-A., *La responsabilité de l'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux. Droit international pénal* / ed. par Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET. Paris : Pedone, 2000, p. 118-121 et p. 123.

« impose duties on individuals directly without any interposition of internal law » ; en même temps, le IIème Principe établit que tous les individus ne peuvent pas être « relieved from their international responsibility by the fact that their acts are not held to be crimes under the law of any particular country ». ¹²³ Les travaux préparatoires du *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind* se confirment clairement ces affirmations. La possibilité écartée d'une « criminal responsibility under international law » pour les Etats et les organisations, ¹²⁴ la CDI proposa que la norme pénale internationale doive primer toute règle interne contraire. ¹²⁵ Or, cela mérite une explication. En effet, les individus ne sont destinataires de la coutume que partiellement, vu le manque d'une sanction et d'un système judiciaire internationale de mise en œuvre en dehors d'un cadre conventionnel ou onusien. La référence au paradigme de la primauté s'explique par le souci de nuancer, voir éliminer, le problème du dédoublement entre la proclamation solennelle de la responsabilité personnelle des individus d'un côté, et l'obligation de l'Etat d'incriminer une certaine conduite et de la punir de l'autre. Le rejet de l'amendement soviétique visant à insérer dans la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* une clause de primauté confirme le souci de

(¹²³) V. Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürenberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries. *Yearbook of International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 375. Pour ce qui concerne le II principe, 'It is accordingly considered that international law can bind individuals even if domestic law does not direct them to observe the rules of international law'. En particulier, 'the principle that a person who has committed an international crime is responsible therefore and liable to punishment under international law, independently of the provisions of internal law, implies what is commonly called the "supremacy" of international law over national law'.

(¹²⁴) V. SPIROPOULOS J., Report for draft code of offences against the peace and security of mankind. *Yearbook of International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 260-261. La distinction entre la 'traditional international (civil) responsibility of the State in the event of its organs having supported the gangs (positive acts or omissions)' se joint à la responsabilité pénale 'under international law' de 'any individual, whether acting in an official position or as a private person' (*ibidem*, pag. 268).

(¹²⁵) V. SPIROPOULOS J., Report for draft code of offences against the peace and security of mankind, *op. cit.*, p. 270. Le fait que la loi interne n'interdit pas l'accomplissement de tels actes n'influence pas la nature internationale de l'infraction.

vouloir séparer la responsabilité internationale des Etats et l'obligation de punir les coupables.¹²⁶

Un bref aperçu des travaux de codification du droit international pénal prouve qu'on a toujours envisagé la nécessité, pour les Etats, d'édicter des lois spécifiques pour ériger en infraction les comportements interdits par les normes coutumières. Pendant les travaux préparatoires du *Draft Code*, au sein de la CDI se posa la question de l'incorporation en droit interne des crimes internationaux. En se référant aux solutions proposées dans la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, on avait imaginé une obligation, à la charge des Etat, de « enact the necessary legislation », en particulier l'adoption de « effective penalties ». ¹²⁷ En plus, tout à fait consciente de la nécessaire coopération des Etats relativement à l'engagement de la responsabilité pénale individuelle, la CDI proposa des solutions pour ce qui concerne aussi les sanctions. Par exemple, elle envisagea l'introduction dans le *Draft Code* d'une norme similaire à celle du Statut du *Tribunal du Nuremberg*, d'après laquelle les tribunaux de chaque Etat devraient rattacher eux-mêmes une peine adéquate à l'infraction de droit international en cas d'inertie de l'Etat. Les Etats pourtant repoussèrent cette proposition, censée de violer le principe *nulla poena sine lege*.¹²⁸ Un autre effort pour éviter ou prévenir l'inertie de l'Etat était celui de prévoir, dans les projets des codes pénaux internationaux, soit des sanctions soit la création d'une juridiction internationale chargée de punir ces crimes.

Lorsqu'on admet l'existence d'une obligation des Etats de rattacher au moins une sanction à chaque infraction, il serait alors tout à fait audacieux soutenir que les individus

(¹²⁶) En s'appuyant sur le Statut du Tribunal de Nuremberg, l'URSS proposa de préciser l'Article V de la Convention sur le génocide en spécifiant que « les prescriptions de la loi ni l'ordre d'une autorité supérieure ne peuvent justifier le génocide ». V. Assemblée Générale des Nations Unies, *Union des Républiques socialistes soviétiques : Amendements au projet de Convention sur le génocide*, U.N. Doc. A/C.6/215/Rev.1, p. 2. Pour le rejet de cet amendement, v. Conseil économique et social, *Examen du projet de convention sur le génocide*, 92ème Séance, U.N. Doc. A/C.6/SR. 92, p. 305-313.

(¹²⁷) V. SPIROPOULOS J., Report for draft code of offences against the peace and security of mankind, *op. cit.*, p. 277. V aussi, pour ce qui concerne la Convention sur le génocide, 'Report of the Ad Hoc Committee on Genocide and draft Convention drawn up by the Committee', 5 April-10 May 1948 (E/794), p. 27.

(¹²⁸) Enfin, la Commission décida de supprimer l'art 5. V. 268th meeting: summary record, *Yearbook of International Law Commission*, 1954, vol. I, p. 139.

soient « directement » responsables des violations, à moins que ce règles ne priment toute autre norme interne.¹²⁹ C'est dans le cadre d'une approche de nature purement constitutionnelle qu'on pourrait concevoir un telle compénétration du droit international pénal dans les systèmes nationaux. En outre, puisque les conventions de codification ne respectent pas le principe *nullum crimen sine lege*, on a remarqué qu'il s'agirait alors d'« obligations upon states to reformulate these proscriptions in their national legislation », les Etat étant tenus de spécifier le contenu des règles qui ne peuvent pas s'appliquer « directly to individuals ».¹³⁰ D'ailleurs, même les auteurs affirmant que les normes pénales internationales s'appliquent « directly » aux individus se soucient de préciser que

(¹²⁹) Le Tribunal de Nuremberg a souligné soigneusement le concept de la primauté des infractions internationales. Cette idée a été réaffirmée dans l'art. 2 du second projet du *Draft Code*. En effet, la définition d'un acte contre la paix et la sécurité de l'humanité étant « indépendant » des qualifications étatiques, « the fact that an act or omission is or is not prosecuted under internal law does not affect this characterization ». D'après l'avis du Rapporteur, si, en cas de conflit entre la norme internationale et celle interne, la première n'avait pas primé la seconde, le code-même aurait été « meaningless ». V. THIAM D., Fifth report on the draft code of offences against the Peace and Security of Mankind. *Yearbook of International Law Commission*, 1987, vol. II (1), pp. 2-3. Arangio-Ruiz s'opposa à l'introduction de cette règle, en soutenant qu'elle n'aurait pas été suffisante à garantir l'incorporation du code dans le droit interne : « the fact was that, however independent and autonomous it might be, international law did not directly affect individuals and therefore depended on internal law in that regard: internal law was an essential complement of international law ». V. 1996th meeting: summary record, *Yearbook of International Law Commission*, 1987, vol. I, pp. 29-30. Il avait ainsi proposé de créer une règle qui aurait imposé à chaque Etat l'obligation d'incorporer dans le droit interne la convention. V. 2000th meeting: summary record, *Yearbook of International Law Commission*, 1987, vol. I, p. 52. Enfin, cette règle a été insérée dans l'art. 1 de la version définitive du *Draft Code*, selon laquelle les crimes contre la paix et l'humanité sont tels en vertu du droit international et, 'as such', punissables « whether or not they are punishable under national law ». Le commentaire de cette règle remarque que, dans le domaine du droit international pénal, les normes doivent être appliquées indépendamment des règles de droit interne. Toutefois, on ne retrouve pas un rappel au principe de « primacy » du droit international sur le droit interne, tel que le *Tribunal de Nuremberg* avait exprimé, plutôt en préférant le concept d'« autonomy » et le limitant à la « criminal characterization of certain types of conduct ». Pour ce qui concerne les « other matters of criminal law or procedure », en particulier la spécification des peines, la Commission a formulé une « saving clause ». V. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Yearbook of International Law Commission*, 1996, vol. II(2), p. 17-18.

(¹³⁰) V. BASSIOUNI C., *Crimes against humanity*, op. cit., p. 142-146. Pareils arguments émergent lorsqu'on constate la carence, dans le corpus du droit international pénal, de toutes les normes pénales de partie générale qui se trouvent dans les codes des Etats, bien qu'on soutienne que les individus sont « directly » responsables sur la base d'une norme internationale. Cela dépend de la « shortsightedness » du processus de création du droit international.

la tâche d'en préciser le contenu est à la charge des juges internationaux et internes.¹³¹ On peut donc aisément apercevoir la tension qui caractérise le domaine du droit international pénale : d'un côté, on est tout à fait conscient de la gravité des crimes internationaux et de la nécessité d'en empêcher la réalisation tandis qu'une véritable punition des coupables est impossible sans la coopération des Etats. Le problème n'est pas alors celui de comprendre si les individus sont destinataires des prohibitions, mais de mettre en cause leur responsabilité : il s'agit de normes secondaires. En effet, on s'efforce d'éliminer tout de soustraire ce domaine aux Etats par la création des mécanismes internationaux d'engagement de la responsabilité individuelle.¹³²

A côté de ce mécanisme, il y a aussi la responsabilité étatique. Par exemple, pour ce qui concerne la rédaction de l'Article IV de la *Convention pour la répression et la punition du génocide*, des différentes opinions se juxtaposèrent. En proposant un amendement tendant à souligner que la commission du génocide par les organes de l'Etat entraînerait aussi l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat, le Royaume-Uni spécifia que, dans ce cas, la CIJ n'aurait pas pourtant eu le pouvoir de prononcer une peine, mais à ordonner simplement la cessation du fait illicite ou la condamnation à payer une réparation aux victimes.¹³³ Cette position s'explique par le constat que, dans la plupart de pays, le souverain et le chef d'Etat ou de gouvernement étaient immunes des poursuites pénales et que, en conséquence, les juges nationaux n'auraient pas la compétence pour juger de tels actes. Par la suite, dans la logique de l'amendement anglais, une différenciation parmi la responsabilité pénale des individus et celle

(¹³¹) V. CASSESE A., *International criminal law*, op. cit., p. 18 e 42.

(¹³²) On peut saisir cette tension pendant les discussions de la Sixième Commission chargée d'examiner le deuxième projet de la *Convention pour la répression du génocide*. En début des travaux, plusieurs représentants des Etats remarquèrent la nécessité d'établir une juridiction internationale compétente pour ce crime afin d'éviter toute inertie de l'Etat. V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 63ème Séance, Summary records of meeting, U.N. doc. A/C.6/SR.63, p. 8. V. aussi les observations de la délégation anglaise : Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 64ème Séance, Summary records of meeting, U.N. doc. A/C.6/SR.64, p. 18.

(¹³³) V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 92ème Séance, Summary records of meeting U.N. Doc. A/C.6/SR. 92, p. 302-304. V. aussi UN General Assembly, UK : Further amendments to the Draft Convention, U.N. Doc. A/C.6/236, p. 1. Il faut spécifier qu'à la phase du débat au sein du Comité, ce qui est devenu l'Article IV de la Convention, était l'Article V.

internationale de l'Etat devait être mentionnée dans la Convention, la seconde étant engagée lors de la méconnaissance de l'obligation de punir.¹³⁴ Cet amendement fut néanmoins rejeté.¹³⁵ De ces prises de position on voit alors comme l'engagement de la responsabilité étatique pour n'avoir pas puni ou prévenu un crime internationale joue comme un correctif à l'incapacité d'engager directement la responsabilité des individus, bien que si ceux-ci soient destinataires de la règle internationale.

§2 – L'obligation de punir et la responsabilité individuelle.

Si on partage l'idée que les individus et les Etats sont destinataires de certaines interdictions de nature coutumière, il s'agit alors de comprendre d'où découlent les obligations d'ériger en infraction et de punir. Est-ce que ces normes sont coutumières du simple fait de l'existence d'une interdiction s'adressant aux Etats et aux individus ? Alors que l'objet de l'interdiction coutumière est l'interdiction, adressée aux Etats et, parfois, aux individus, de réaliser un événement spécifique, il en va autrement pour l'obligation d'ériger en infraction et de punir, dont le destinataire bien évidemment ne peut qu'être un Etat. Il faut préciser que l'obligation de punir un individu demande que, préalablement, une sanction de nature pénale ait été rattachée à l'interdiction coutumière.¹³⁶ En

(¹³⁴) Comme M. Fitzmaurice le remarqua, « étant donné qu'il est à prévoir que les individus qui agiront au nom de l'Etat ne seront pas punis par les tribunaux de cet Etat, il est indispensable d'insérer dans la convention des dispositions prévoyant que de tels actes constitueront une violation de la convention ». Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 95ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR.95, p. 344.

(¹³⁵) V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 96ème Séance, Summary records of meeting U.N. Doc. A/C.6/SR.96, p. 355.

(¹³⁶) Cette considération présuppose que, en défaut d'une spécifique sanction y énoncée, la norme coutumière négative (interdiction) n'exprime pas en soi *aucune* idée de sanction pénale. Or, après avoir analysé la pratique interne sur ce thème, récemment des auteurs ont soutenu que le manque d'une norme internationale rattachant une peine à un crime international n'empêche pas son applicabilité directe, bien que le principe de légalité, tel qu'il existe dans les Etats, soit un obstacle à l'applicabilité directe. Il faut remarquer que la pratique envisagée par cet étude est non seulement contradictoire et hétérogène, mais aussi inactuelle et visant des crimes commis surtout pendant la seconde guerre mondiale. V. FERDINANDUSSE W., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*. The Hague: Asser Press, 2006, p. 248-256. Pareillement, on affirme aussi que les normes coutumières, qui interdisent certains comportements, peuvent être directement appliquées dans les Etats où aux juges est permis d'appliquer directement le droit coutumière, sans qu'il soit nécessaire le rattachement d'une

conséquent, l'obligation de punir englobe celle de ériger en infraction un comportement déterminé. Dans ce point de vue, obligation d'ériger en infraction et de punir sont uniques. Il suffirait d'établir l'existence d'une obligation de punir (ou de prévenir) pour en déduire aussi l'obligation de rattacher une sanction pénale à un comportement interdit.

Le cadre est donc le suivant. Lorsque l'interdiction coutumière s'adresse directement aux personnes privées, comme dans le cas de génocide, sur l'Etat pèse un devoir de prévenir et de punir ce crime. Ce mécanisme, qui met en cause de la responsabilité étatique pour fait d'autrui, exige qu'il y ait été au moins la violation de l'obligation de n'avoir pas empêché que des personnes privées réalisent l'événement interdit. De ce point de vue, l'obligation de prévenir engage la responsabilité de l'Etat pour un fait d'autrui, puisque la norme « substantielle » vise des comportements extra-étatiques que l'Etat a toujours le pouvoir de prévenir. Eventuellement, il pourrait y avoir aussi la violation de l'obligation de punir : cette obligation acquiert ainsi le caractère d'une véritable norme secondaire par rapport aux individus, dont la prémisse est l'accomplissement par eux d'un crime. De manière similaire, lorsque l'interdiction coutumière s'adresse aux Etats – comme il se passe pour la torture (v. infra section II) – dans le sens que le comportement y énoncé ne peut être accompli que par ses organes ou agents, il y aura la violation de deux normes différentes. En premier lieu, l'Etat engage immédiatement sa responsabilité dès qu'un de ses organes commettra un crime international, étant donné que l'Etat agit moyennant ses organes. Comme on voit, dans ce cadre l'obligation de prévention n'a aucun sens, puisque les organes sont les destinataires directs de la norme coutumière, qui leur impose un devoir d'abstention par rapport à un événement déterminé. Eventuellement, l'Etat engagerait aussi sa responsabilité du fait de ne pas avoir puni les organes ou agents coupables de tels actes.¹³⁷ Ces deux questions sont profondément liées

peine à l'infraction. V. GAETA P., International Criminalization of Prohibited Conduct. *The Oxford Companion to International Criminal Justice* / ed. par Antonio CASSESE. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 69-70. Evidemment, il s'agit d'une tautologie. En effet, l'opinion majoritaire admet que les normes pénales internationales ne sont pas 'self-executing'. V. FICHET-BOYLE I., MOSSE' M., L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions. *Droit international pénal* / ed. par Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET. Paris : Pedone, 2000, p. 872-885.

(¹³⁷) Pour les liaisons entre la responsabilité de l'Etat et celle de l'individu, v. NOLLKAEMPER A., Concurrence Between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law. *International & Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, p. 632-638.

entre elles, comme on verra par la suite en abordant des problèmes relatifs à la défense de génocide (a) et de torture (b).

a) Génocide

La *Convention pour la punition et répression du génocide* peut être considérée comme la synthèse du développement du droit international pénal après la seconde guerre mondiale.¹³⁸ Différents sont les points de conflit qui surgirent lors des travaux préparatoires de la Convention, menés par le Comité spécial pour le génocide. Dès le début, il apparut bien la tension entre le souci de punir le coupable (traduit dans l'obligation de punir) et le problème de l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour avoir commis tel acte, les « deux âmes » du droit international pénal.¹³⁹

Les premières difficultés envisagèrent l'individuation du type de responsabilité internationale. Par exemple, la délégation française, partisane de la création d'une juridiction répressive internationale, par rapport au génocide commis par des personnes privées, avait soutenu que :

« le problème ne devient international qu'à partir du moment où il y a carence du Gouvernement, c'est-à-dire lorsque la punition du crime n'est pas assurée sur le plan national ».¹⁴⁰

Par conséquent,

« dans le cas de meurtres en masse exécutés *sans* la complicité du Gouvernement, celui-ci a le devoir de les punir; s'il ne le fait pas, il endosse la responsabilité de ces meurtres, ou témoigne d'une impuissance telle qu'elle

(¹³⁸) V. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 9 December 1948, *United Nations, Treaty Series*, vol. 78, p. 277.

(¹³⁹) V. SCHABAS W., *Genocide in International Law*. 2e éd. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, p. 491-498. Un indice très clair de cette tension se révèle lorsqu'on a choisi d'exclure les groupes politiques des entités visées par le crime de génocide pour empêcher l'intervention d'un juge internationale dans les affaires intérieures de l'Etat « sous prétexte qu'il y a eu génocide politique ». V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 74ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 74, p. 106-107.

(¹⁴⁰) V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 78ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 78, p. 146.

n'est concevable que dans le cas de révolution; dans les deux cas, il appartiendra à la société internationale d'intervenir ». ¹⁴¹

On voit donc que la responsabilité internationale de l'Etat ne serait pas engagée du fait d'avoir perpétré ce crime, mais pour ne pas en avoir empêché la réalisation. Il s'agirait d'une obligation de prévention à l'égard des individus, une sorte de responsabilité objective. De cela le caractère subsidiaire de la responsabilité internationale de l'Etat à l'égard des autres Etats.

Le caractère subsidiaire de la responsabilité de l'Etat face aux autres Etats pour la commission de génocide émergea aussi lors de la discussion sur le rôle à attribuer à la CIJ. Ecartée l'idée de la juridiction pénale universelle des Etats ¹⁴² et d'une cour pénale internationale chargée de mettre en cause la responsabilité pénale individuelle lors de l'inertie de l'Etat territorial, ¹⁴³ le seul remède à cette défaillance fut celui de conférer à la CIJ la compétence pour trancher un litige interétatique portant sur l'interprétation et l'application de la convention. ¹⁴⁴ En particulier, la rédaction actuelle de l'article IX – où la responsabilité de l'Etat pour génocide est soigneusement énoncée – est due à

(¹⁴¹) V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 78ème Séance, cit., p. 146. On remarqua en outre que « certaines délégations se sont inquiétées à la pensée qu'un Gouvernement puisse avoir à répondre devant une juridiction internationale d'un génocide commis sur son territoire, sans qu'il y ait participé activement ni passivement et même si les préparatifs ont été faits en dehors des territoires soumis à sa juridiction ». V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 80ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 80, p. 169. La délégation anglaise y ajouta que, en revanche, « au cas où l'acte de génocide incriminé serait le fait de l'Etat ou du Gouvernement », il fallait attribuer la compétence à la CIJ pour sanctionner ce crime. V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 79ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 79, p. 160-161.

(¹⁴²) Bien qu'il fût clair que, dans la plupart des cas, il serait impossible d'exiger une punition de la part d'un gouvernement, lui-même 'coupable' lors de l'accomplissement d'un génocide, cependant la règle portant compétence pénale universelle des Etat pour le génocide fut rejetée en tant qu'elle « aboutirait à rendre des tribunaux nationaux juges de la conduite de gouvernements étrangers ». V. UN Economic and Social Council, Ad Hoc Committee on Genocide, *Report of the Committee and Draft Convention*, U.N. Doc. E/794, p. 29-32.

(¹⁴³) V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 98ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 98, p. 381. La référence à une court pénale internationale a été acceptée à la fin des travaux. V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 130ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 130, p. 684.

(¹⁴⁴) V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 103ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 103, p. 431.

l'adoption de l'amendement du Royaume-Uni et de la Belgique, qui avaient proposé cette spécification.¹⁴⁵ On voit donc bien que le souci des rédacteurs du traité fut d'imposer premièrement la punition et la prévention du crime. La mise en cause de la responsabilité pénale individuelle occupa la pensée des délégués pendant toute la durée des travaux préparatoires.

Seulement après l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la responsabilité étatique pour la commission de génocide a été établie pour la première fois. A ce propos, en tranchant les exceptions préliminaires relatives à ce litige, la Cour affirma que :

« en visant 'la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III', l'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité de l'Etat »

Et que, en conséquent,

« la responsabilité d'un Etat pour le fait de ses organes n'est pas davantage exclue par l'article IV de la convention, qui envisage la commission d'un acte de génocide par des 'gouvernants' ou des 'fonctionnaires' ». ¹⁴⁶

Ensuite, en examinant le fond de l'affaire en 2007, la Cour a tiré de l'obligation de prévenir le génocide la prohibition de commettre cet acte. Tout en affirmant que « la convention n'impose pas *expressis verbis* aux Etats de s'abstenir de commettre eux-mêmes un génocide », elle a néanmoins noté que :

« eu égard à l'objet de la Convention tel que généralement accepté, l'article premier a pour effet d'interdire aux Etats parties de commettre eux-mêmes un génocide ». ¹⁴⁷

Cette interdiction, en particulier :

⁽¹⁴⁵⁾ V. UN General Assembly, *Amendement commun à l'article X du projet de Convention* (E/794), U.N. Doc. A/C.6/258. V. Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 104ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 104, p. 447.

⁽¹⁴⁶⁾ V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1996, p. 616 point 32.

⁽¹⁴⁷⁾ V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 113 point 166.

« résulte [...] de l'obligation [...] de prévenir la commission d'actes de génocide' qui 'impose notamment aux Etats parties de mettre en œuvre les moyens dont ils disposent [...] afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre un acte de génocide ou l'un quelconque des autres actes mentionnés à l'article III ». ¹⁴⁸

A ce point, il est clair que l'obligation de prévention, mentionnée par la Cour, ne se réfère pas aux organes de l'Etat. En effet, juste après, la Cour distingue nettement les deux plans en soulignant que :

« il serait paradoxal que les Etats soient ainsi tenus d'empêcher, dans la mesure de leurs moyens, des personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit pas interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international ». ¹⁴⁹

Il pourrait apparaître très surprenant, et paradoxal, que la Cour ait dégagé l'interdiction de génocide étatique de l'obligation de prévention, qui vise les personnes privées. Dans la mesure où l'Etat commet génocide par ses organes d'après les règles d'imputation d'un fait internationalement illicite, interpréter l'obligation de prévention comme se référant à ces organes n'aurait aucun sens. ¹⁵⁰ Vu que l'Etat agit moyennant ses organes, il ne pourrait pas les empêcher de commettre un acte, à moins de ne plus le considérer comme un centre unitaire d'imputation des faits internationalement illicites. L'Etat répond dans son ensemble face aux autres Etats, dans la limite des causes d'exonération de la responsabilité. Pour ces raisons, l'obligation de prévention s'adresse exclusivement à des personnes privées et implique que l'événement ne soit pas attribué à

⁽¹⁴⁸⁾ V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, ibidem, italiques ajoutés.

⁽¹⁴⁹⁾ V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, ibidem, italiques ajoutés.

⁽¹⁵⁰⁾ C'est une idée fondamentale celle de considérer que « le droit international ne pourra jamais imputer un fait illicite international à un Etat si un organe de ce même Etat n'a pas concrètement agi en contradiction avec une obligation internationale incombant à l'Etat ». V. AGO R., *Le délit international. Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1939, vol. 68, tome II, p. 463.

l'Etat d'après les normes qui régissent l'attribution d'un fait internationalement illicite : cela est aussi la démarche logique adoptée par la CIJ.

Il faut alors interpréter ce passage de la manière suivante. Dans ses intentions, la Cour a voulu éclaircir que l'obligation de prévention – comme celle de punir – n'existe qu'en vertu d'une prémisse : l'existence d'une norme internationale primaire qui interdit aux organes de l'Etat et aux personnes privées la perpétration de cet acte.¹⁵¹ Etant donné que l'obligation de prévention a un sens seulement si rapportée à la conduite de personnes privées, la Cour s'en est juste servie, de manière cartésienne, comme un élément pour prouver la prohibition du génocide commis par l'Etat.¹⁵² Elle a abouti à cette conclusion par le recours à une technique d'interprétation *a fortiori* ou *a absurdo*.¹⁵³ Le constat que l'obligation de prévention vise les comportements des personnes privées – et que, en conséquent, l'interdiction de commettre génocide leur s'adresse directement –

(¹⁵¹) Il a été marqué affirmé qu'on peut bien admettre qu'une coutume s'adresse directement aux individus, lorsqu'elle énonce une interdiction. C'est le cas, notamment, du droit des conflits armés. V. DOMINICE C., *L'individu, la coutume internationale et le juge nationale. Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon : l'Hermès, 1980, p. 199.

(¹⁵²) Dans un passage clé, la Cour trace clairement la dépendance logique entre l'obligation de prévention et l'interdiction de commettre génocide, l'une excluant l'autre. « Si [...] un Etat est reconnu responsable d'un acte de génocide (en raison de ce que cet acte a été commis par une personne ou un organe dont le comportement lui est attribuable), ou de l'un des autres actes visés à l'article III de la Convention (pour la même raison), la question de savoir s'il a respecté son obligation de prévention au regard des mêmes faits se trouve dépourvue d'objet, car un Etat ne saurait, par construction logique, avoir satisfait à l'obligation de prévenir un génocide auquel il aurait activement participé ». En conséquent, « il va sans dire [...] que l'absence de responsabilité d'un Etat à raison de l'un quelconque des actes mentionnés aux *litt. a) à e)* de l'article III de la Convention n'implique en rien que sa responsabilité ne puisse pas être recherchée sur le fondement de la violation de l'obligation de prévention du génocide et des autres actes visés à l'article III ». V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt*, p. 201 points 382-383. Le commentaire à l'article 23 du projet sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, adopté en premier lecture, souligna qu'en cas d'obligation de prévention, la réalisation de l'événement à prévenir dépendait de « individuals or third parties ». Pour cette remarque, v. FORLATI S., *Violazione dell'obbligo di prevenire il genocidio e riparazione nell'affare Bosnia-Erzegovina c. Serbia. Rivista di diritto internazionale*, 2007, vol. 90, p. 426. Des autres auteurs n'ont pas défini l'objet de l'obligation de prévention : par exemple, v. SEIBERT-FOHR A., *State Responsibility for Genocide under the Genocide Convention. The UN Genocide Convention: a commentary* / ed. par Paola GAETA. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 356-361.

(¹⁵³) V. DUPUY P.-M., *Crime sans châtement ou mission accomplie ? Revue générale de droit international public*, 2007, vol. 111, p. 246.

est prouvé par la partie opérative du jugement, où la Cour applique les règles ainsi formulées. Ecartée toute responsabilité de la Serbie pour violation de l'interdiction de génocide, la CIJ la juge néanmoins responsable de ne pas avoir empêché que des personnes privées commissent le génocide.¹⁵⁴

A ce point, il faut se poser la question de savoir si l'existence d'une obligation de punir et de prévenir le génocide pourraient prouver la nature coutumière d'une norme s'adressant directement aux individus.

En premier lieu, à l'appui de la nature coutumière de l'interdiction de commettre génocide, il y a un argument logique. Du point de vue temporel, bien que le fait générateur soit le même (la commission de génocide), la méconnaissance de l'obligation de punir ne peut être appréciée qu'après la commission de génocide, donc après la violation de l'interdiction. Il y a une sorte de décalage temporel quant à l'appréciation de l'instant où les deux obligations auraient été violées. On peut alors conclure que, si l'obligation de punir ne peut être violée qu'après la commission de génocide, elle doit avoir pour fondement l'interdiction de commettre cet acte. L'obligation de punir demande que le génocide soit interdit : il serait autrement impossible d'imaginer une obligation de punir un fait licite.¹⁵⁵ D'ailleurs, cette obligation n'est pas enfreinte de manière automatique, comme il se passe lors de l'accomplissement du génocide, puisque l'événement qu'elle prescrit de réaliser est la punition effective : elle engage alors que les

(¹⁵⁴) Dans les points qui précèdent cette constatation, la Cour exclut que le massacre de Srebrenica soit rattachable à la Serbie d'après les règles d'imputation de la responsabilité internationale. V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, p. 215 point 415. Pour ces questions et un rappel de la jurisprudence antérieure de la Cour au sujet des règles d'imputation, v. SPINEDI M., *L'attribuzione allo Stato dei comportamenti di gruppi armati da esso sostenuti nella sentenza della Corte internazionale di giustizia sul genocidio in Bosnia-Erzegovina*. *Rivista di diritto internazionale*, 2007, vol. 90, p. 419-421.

(¹⁵⁵) Contrairement à ce point de vue, on a soutenu que l'obligation de punir est tout à fait autonome par rapport à l'obligation de ne pas commettre génocide, en faisant remarquer que la CIJ n'a pas jugé coupable la Serbie pour génocide mais que, en même temps, elle l'a retenu responsable d'avoir violé l'obligation de punir. V. ZIMMERMANN A.; TEICHMANN M., *State responsibility for international crimes. System Criminality in International Law* / ed. par André NOLLKAEMPER, Harmen VAN DER WILT. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 304. Il faut néanmoins souligner – et cet aspect n'a pas été abordé par les auteurs – que la Cour a d'abord relevé la méconnaissance de l'obligation de prévention, pesant sur la Serbie, par rapport à des particuliers.

organes de l'Etat à tenir des comportements aptes à poursuivre ce but. Il s'agit d'un résultat matériel à atteindre : la privation de la liberté. Tout en demeurant une manifestation logique de l'interdiction, l'obligation de punir n'est pas une coutume : il y a une sorte de dissociation, en droit international pénal, parmi l'interdiction – qui peut bien envisager les Etats et les privés – et l'obligation de punir. Cela est évidemment montré par les difficultés d'engager la responsabilité individuelle sur le plan international : la carence d'un système centralisé de sanction – donc un organisme chargé de s'acquitter de l'obligation de punir – permet de laisser impuni les auteurs des crimes internationaux. Mais cela n'exclut pas que les individus soient destinataires directs de l'interdiction primaire. La même démarche logique est d'ailleurs valable par rapport à l'obligation de prévenir le génocide. Cette obligation n'étant violée qu'après la perpétration de cet acte, il en va de soi que l'interdiction de commettre génocide s'adresse directement aux personnes privées ayant un certain lien avec l'Etat sur lequel pèse l'obligation de prévention.¹⁵⁶ Ces personnes sont ainsi directement concernées par l'interdiction, qui bien pourrait être de nature coutumière, mais cela n'est pas valable pour ce qui concerne l'obligation de prévention, qui est de nature conventionnelle.

En second lieu, la nature extraterritoriale de l'obligation de prévention peut aussi prouver la nature coutumière de l'interdiction de commettre génocide. En effet, si le but de l'obligation de prévention est de prévenir un événement causé par des personnes privées, alors il faut supposer qu'une norme, qui s'adresse aux individus, qualifie préalablement comme illégal ou illicite la causation de tel événement. En l'espèce, les personnes privées étaient des groupes militaires ou paramilitaires (les « Scorpions ») qui avaient accompli le génocide à Srebrenica et qui apparemment relevaient de l'autorité de la *République Srpska*. Ecartée l'hypothèse d'une responsabilité de cette dernière entité, la Cour a condamné la Serbie pour la méconnaissance d'une obligation de prévention de nature extraterritoriale par rapport à des personnes qui ne relevaient pas directement de son autorité mais sur lesquelles cet Etat exerçait une certaine influence. Il en découle la nature privée et extra-étatique des actes commis par les groupes militaires et

(¹⁵⁶) D'une manière tout à fait indiscutable, la Cour note que « la responsabilité d'un Etat pour violation de l'obligation de prévenir le génocide n'est susceptible d'être retenue que si un génocide a effectivement été commis ». V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt*, p. 221 point 431.

paramilitaires qui, agissant en dehors de l'autorité de tout Etat, étaient néanmoins obligés de respecter l'interdiction d'accomplir génocide. En conséquence, dans la mesure où cette règle s'adresse à tout individu, elle aura pour effet d'étendre l'obligation de prévention à la charge de tous les Etats parties de la même convention par rapport à toute situation où il y aurait un risque de génocide et un certain lien avec l'Etat en question.¹⁵⁷ L'écran de l'incorporation de la norme internationale et la question de la juridicité sont brisés par la règle internationale, qui rend universellement illicite l'accomplissement d'un acte déterminé : l'article IV, qui interdit aussi à des privés de commettre génocide, reflète une norme coutumière de cette portée. Par ailleurs, il s'agit d'un cas tout à fait spécial par rapport aux autres crimes, tels que la torture ou l'agression, qui, visant une activité de nature étatique, ne peuvent être perpétrés que par les organes ou agents de l'Etat. Une idée d'universalisme s'aperçoit lorsqu'on attribue à l'obligation de prévention un caractère extraterritorial, puisque chaque Etat, engagé par la même convention, se mettrait en rapport direct avec n'importe quel individu qui, agissant hors de l'autorité de tout Etat, commettrait génocide. Comme une doctrine a souligné à ce propos,

« individuals behaving contrary to the most fundamental legal standards may be held criminally responsible regardless of whether they have acted in an official capacity [...]; their link with a State may be relevant (in case of genocide, aggression, or crimes against humanity, when normally their action tends to be promoted, supported, acquiesced in, or condoned by State authorities); legally, however, this link is not indispensable ».¹⁵⁸

(¹⁵⁷) En cela trouvent une raison d'être les critères indiqués par la Cour pour qu'une obligation de prévention prend naissance, comme la « capacité d'influencer l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide » et « l'intensité des liens politiques ». V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt*, p. 221 point 430. Par ailleurs, cette obligation de prévention est strictement conventionnelle, comme la Cour souligne dans le paragraphe 429, p. 220 de l'arrêt. V., pour cette question, ZIMMERMANN A., *The Obligation to Prevent Genocide: Towards a General Responsibility to Protect? From Bilateralism to Community Interest : Essays in Honour of Judge Bruno Simma* / ed. par Ulrich FASTENRATH [et alii]. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 633-634.

(¹⁵⁸) V. CASSESE A., *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 271. En outre, dès qu'un lien parmi l'individu-organe et l'Etat n'est pas indispensable, alors l'immunité fonctionnelle des agents publics en charge n'aurait aucune explication, spécialement dans le cas où elle est interprétée comme une norme substantielle. En effet, Cassese a soutenu que la raison d'être de l'immunité fonctionnelle est celle d'imputer la violation d'une norme interne ou internationale à l'Etat de rattachement et non directement à l'individu-organe. V. CASSESE A.,

Le lien de rattachement à l'Etat n'est jamais indispensable en cas de génocide, étant donné que l'interdiction s'adresse à toute personne. Or, ce constat se situe bien au-delà du rapport traditionnel entre les sujets privés et leur Etat d'appartenance, jusqu'à mettre en doute les caractéristiques même de la souveraineté en tant qu'expression du contrôle d'un groupe politique sur des personnes relevant exclusivement d'une seule juridiction.¹⁵⁹ Bien consciente de ce danger, la CIJ a souligné soigneusement que l'obligation de prévention doit être respectée par l'Etat « dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale », puisque la portée extraterritoriale de cette obligation pourrait porter atteinte de manière sérieuse au principe de non intervention dans les affaires intérieures d'un autre Etat.¹⁶⁰

Le fait que la Cour n'a rien dit quant à l'obligation de prévention de la Bosnie-Herzégovine pour le génocide de Srebrenica pourrait apparaître étrange à première vue. En effet, d'un côté la Cour a reconnu le lien qui a fait déclencher l'obligation de prévention de la Serbie dans les « ressources militaires et financières considérables à la disposition de la *Republika Srpska* » fournies par Belgrade, sans le soutien desquelles « les options ouvertes aux autorités de la *Republika* » auraient été « grandement »

International Criminal Law, op. cit., p. 303-303. Sur le rapport entre immunité et évolution du droit international pénal, v. MAISON R., *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*. Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 286-294. Pour un résumé du débat concernant les deux modalités théoriques de concevoir la responsabilité individuelle et étatique, v. BONAFE' B., *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 43-68. V. aussi ROSENNE S., *State Responsibility and International Crimes: Further Reflections on Article 19 of the Draft Articles on State Responsibility*. *New York University Journal of International Law and Politics*, 1997/1998, vol. 30, p. 158 et suiv.

(¹⁵⁹) L'obligation de prévention, jusqu'à la seconde guerre mondiale, ne visait pas seulement la protection des étrangers dans le territoire de l'Etat local (comme la prévention de toutes les atteintes aux missions diplomatiques), mais aussi la répression des crimes organisés dans l'Etat territorial par les étrangers contre la sûreté d'un autre Etat. V., par exemple, DELBEZ L., *La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger*. *Revue générale de droit international public*, 1930, vol. 37, p. 472-474. De manière générale, il faut remarquer le caractère toujours territorial de l'obligation de prévention, la responsabilité étant engagée du seul l'Etat sur le territoire duquel l'activité à prévenir avait été mise en œuvre.

(¹⁶⁰) V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, p. 221 point 430.

limitées.¹⁶¹ D'autre part, à l'occasion de la première ordonnance en indication des mesures conservatoires, issue le 8 avril 1993, la Cour avait expressément imposé à la Yougoslavie *et* à la Bosnie-Herzégovine « de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour en assurer la prévention à l'avenir », après avoir constaté le « risque grave que des actes de génocide soient commis ».¹⁶² En plus, juste après la première ordonnance, la Bosnie-Herzégovine avait saisi la Cour pour l'indication d'ultérieures mesures conservatoires, en s'appuyant sur le fait qu'elle avait besoin de se procurer des armes, nécessaires à « 'prévenir' la commission d'actes de génocide contre son propre peuple, comme le requiert l'article premier de la convention sur le génocide », et en soulignant que sur tous les autres Etats parties de la Convention sur le génocide pesait une pareille obligation de prévention.¹⁶³ Or, en demandant à la Cour de « clarifier » si tous les Etats avaient cette obligation de prévention d'après la Convention, la Bosnie-Herzégovine visait à mettre en cause la légalité de la Résolution du Conseil de Sécurité 713 (1991) qui, prévoyant un embargo, l'empêchait de se procurer des armes pour prévenir le génocide.¹⁶⁴ La Cour écarta ces arguments, en affirmant soit que les autres Etats étaient tiers par rapport au litige parmi la Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine soit que la requête était hors du champ d'application de l'article 41 de son Statut.¹⁶⁵ Ceci étant, il faut noter que jamais la Bosnie-Herzégovine a nié d'être liée par une obligation de prévention à l'égard de sa population ; pourtant, la Cour n'a pas abordé cette question dans l'arrêt du 2007. Ce silence peut trouver une explication par le retrait de la demande reconventionnelle de la

(¹⁶¹) V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, fond, arrêt*, p. 142 point 241.

(¹⁶²) V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 22 par. 45 et p. 24, par. 52.

(¹⁶³) V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 332 et suiv. point 6.

(¹⁶⁴) V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, Opinion séparé de M. Lauterpacht*, p. 440 et suiv. points 100-104.

(¹⁶⁵) V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, cit.*, p. 344 et suiv. points 39-41.

Serbie, ce qui a restreint la juridiction de la Cour à la seule demande de la Bosnie-Herzégovine.¹⁶⁶

En concluant, l'affirmation d'une responsabilité de l'Etat pour génocide impose de tirer les conclusions suivantes. D'abord, aux Etats incombent l'obligation de ne pas commettre génocide (de nature négative) et l'obligation de punir les coupables (de caractère positif). Dans le premier cas, un Etat sera responsable face aux autres Etats dès qu'un acte de génocide a été commis par ses organes selon les règles sur l'imputation d'un fait internationalement illicite tandis que, dans le second cas, dès qu'il n'a pas puni les organes ou les personnes privées accusées de génocide. Ensuite, sur l'Etat pèse aussi l'obligation de prévention, qui envisage le cas où le génocide serait accompli par des individus. Cette dernière obligation – comme remarqué par la Cour – se déclenche lorsque l'Etat a pris connaissance du risque qu'un génocide pourrait être commis par des personnes privées, sur lesquelles il exerce un certain degré de contrôle.¹⁶⁷ On remarque, en plus, que l'interdiction de perpétrer génocide – donc la prémisse de l'existence de ces obligations – vise directement les organes de l'Etat et les particuliers. Comme on a déjà vu, il s'agit d'une caractéristique tout à fait particulière prévue par la Convention contre le génocide. Ceci étant, le passage de la Cour qui, en 1951, avait énoncé que

« les principes qui sont à la base de la Convention [sur le génocide] sont principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel ».¹⁶⁸

une fois lu à la lumière de l'arrêt du 2007, permet d'établir la nature coutumière de l'obligation de ne pas commettre le génocide.

⁽¹⁶⁶⁾ V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 10 septembre 2001*, C.I.J. Recueil 2001, p. 573.

⁽¹⁶⁷⁾ Pour les contours pas assez imprécis de cette obligation, v. GATTINI A., *Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment*. *European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, p. 701-704. V. aussi MILANOVIĆ M., *State Responsibility for Genocide: A Follow-Up*. *European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, p. 685-687.

⁽¹⁶⁸⁾ V. C.I.J., *Réserves à la Convention sur le Génocide, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1951, p. 23. V. aussi, plus récemment, C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt*, C.I.J. Recueil 2006, p. 32 point 64.

Dans ce système, l'obligation de punir peut être interprétée comme une norme secondaire positive qui affecte indirectement les individus, soient-ils organes ou personnes privées, en imposant à l'Etat un devoir de réaliser un événement matériel (la punition). Il y a une sorte de responsabilité indirecte des personnes privées dans le cadre du système interétatique par l'imposition de cette obligation.¹⁶⁹ Cela trouve un autre appui sur le passage où la Cour, au sujet de la réparation due à la Bosnie-Herzégovine, à imposé à la Serbie de mettre fin à la violation de l'obligation de punir en coopérant avec le TPIY.¹⁷⁰ En second lieu, ce même mécanisme joue dans le cas de l'obligation de prévention. Si un individu accomplit le génocide, il engagera tout de suite la responsabilité objective de l'Etat de n'en avoir pas empêché la réalisation.¹⁷¹ Par rapport aux personnes privées, l'obligation de ne pas commettre génocide n'aurait aucune conséquence sur le plan de la responsabilité internationale de l'Etat sans l'imposition à celui-ci du devoir d'en empêcher la réalisation. En conséquent, l'obligation de prévention joue comme un correctif permettant d'engager toujours la responsabilité de l'Etat, dans un cadre conventionnel, de manière concurrente ou subsidiaire par rapport à la commission de génocide par des personnes privées.¹⁷² Cela est confirmé par la nature

(¹⁶⁹) Ainsi que l'obligation de punir envisage les individus par rapport à l'Etat de rattachement, ainsi la mise en place d'un tribunal ad hoc a été interprétée comme une sanction à l'égard des Etats qui ont violé une obligation *erga omnes* moyennant leurs organes. V. PICONE P., Sul fondamento giuridico del Tribunale penale per la ex-Iugoslavia. *La Comunità Internazionale*, 1996, vol. 51, p. 8 et 16. Il y a donc un des points de contact de cette opinion avec la thèse qu'on a exposé dans le texte.

(¹⁷⁰) Comme souligné, la « Cour tient pour établi que le défendeur doit encore, pour honorer les engagements qu'il a contractés aux termes des articles premier et VI de la convention sur le génocide, s'acquitter de certaines obligations en matière de transfert au TPIY de personnes accusées de génocide, notamment en ce qui concerne le général Ratko Mladic ». V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt*, p. 235 point 465.

(¹⁷¹) La responsabilité de l'Etat pour n'avoir pas empêché le génocide se distingue nettement de la prohibition de perpétrer génocide en thème de réparation. En abordant cette question, la Cour n'a pas réussi à prouver le lien de causalité entre l'inertie de la Serbie et l'accomplissement du massacre de Srebrenica par les forces militaires et paramilitaires de la *République Srpska*. Il en serait autrement si la Serbie avait été reconnue coupable de commission ou complicité dans les acte susvisés. V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt*, p. 234 point 464.

(¹⁷²) D'après une doctrine, la norme primaire – l'interdiction d'accomplir génocide, par exemple – envisagerait de la même manière les Etats et les individus tandis que des différences

« objective » de l'obligation de prévenir le génocide : alors que l'Etat est immédiatement responsable lorsque un des ses organes accomplit génocide, de même il est responsable lorsque des personnes privées commettent génocide. La Cour a condamné la Serbie dans une perspective *ex post* (pour le simple accomplissement de génocide), tout en omettant de spécifier le contenu de l'obligation de prévention. Ce raisonnement implique que l'obligation de prévention soit une obligation de résultat, comme Ago avait souligné à ce propos. Toutefois, en la qualifiant comme une obligation de moyen, dans l'acception de droit civil, la Cour a dû conclure qu' « il n'a cependant pas été démontré que [...] ces moyens [les comportements à tenir par la Serbie, n.d.r.] eussent été suffisants pour atteindre le résultat que le défendeur aurait dû rechercher ». ¹⁷³ D'après le raisonnement de la Cour, les comportements que la Serbie aurait dû tenir (et qui n'ont pas été concrètement précisés) n'auraient point été les plus indiqués à empêcher le massacre de Srebrenica selon un degré élevé de certitude et, donc, ils auraient été inutiles. Il faut alors conclure que le génocide se serait passé indépendamment de toute action de la Serbie, sa prévention étant impossible. Pour être cohérente, et condamner la Serbie selon le schéma de l'obligation de moyen, la Cour aurait dû d'abord préciser les comportements à suivre, en se plaçant dans une perspective *ex ante facto*, ensuite vérifier si ceux-ci auraient été aptes à prévenir le massacre et enfin juger si la Serbie aurait pu les tenir. Comme on a souligné, cette difficulté est due au fait que la CIJ a interprété l'obligation de prévention comme une obligation de moyen, entendu dans son acception de droit civil. S'elle l'avait interprété comme une obligation de résultat, elle aurait pu se débarrasser du problème des comportement-moyens aptes à empêcher l'événement et elle aurait pu imputer de manière objective la violation de l'obligation de prévention à la Serbie. (V. note 44 ci-dessus).

De ces considérations, on dégage l'idée que les obligations de punir et de prévenir pourraient être interprétées comme des mécanismes subsidiaires de mise en cause de la responsabilité internationale de l'individu-personne privée par l'imposition d'un devoir à

apparaîtraient lors des conséquences juridiques découlant de la violation d'une telle interdiction. V. BONAFE' B., *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, op. cit., p. 24. Cette considération se fonde sur le constat que les individus sont directement affecté par la règle primaire.

(¹⁷³) V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, p. 234 point 462.

l'Etat. La première – l'obligation de prévenir - joue comme une norme primaire qui engage la responsabilité de l'Etat pour fait d'autrui tandis que la seconde apparaît comme une norme secondaire qui affecte indirectement les coupables. Cela prouverait qu'il n'y aucune norme secondaire s'adressant directement aux individus et qu'il revient pourtant à l'Etat la tâche de les sanctionner.

Le seul point de tension parmi la responsabilité étatique pour commission de génocide et celle pénale de l'organe coupable de ce crime demeure celui relatif à l'incompatibilité logique entre différentes décisions ayant l'autorité de la chose jugée.¹⁷⁴ En effet, la défense de la Serbie avait soutenu que l'appréciation de la responsabilité individuelle de l'organe était une question préliminaire par rapport au constat de la responsabilité de l'Etat pour commission de génocide.

« Pour qu'un Etat soit responsable en vertu de la convention sur le génocide, il faut d'abord que les faits soient établis. Or, le génocide étant un crime, il ne peut être établi que conformément aux règles du droit pénal, qui requièrent d'abord une responsabilité individuelle. La responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que lorsque l'existence du génocide a été établie au-delà de tout doute raisonnable. Ensuite, il faut encore que la personne qui a commis le génocide puisse engager la responsabilité de l'Etat ».¹⁷⁵

La Cour a écarté ce moyen de défense, en soulignant d'être compétente pour juger de manière autonome si les organes de la Serbie avaient accompli un acte de génocide.¹⁷⁶ Même si ce grief se fondait sur un plan de priorité logique parmi les violations, en s'appuyant aussi sur le régime de la preuve, il dévoile néanmoins un problème très concret. Dans quelle mesure pourrait-on soutenir que l'agent public d'un Etat soit jugé coupable de génocide par un tribunal pénal international et que, en même temps, l'Etat,

(¹⁷⁴) Sur les rapports entre responsabilité étatique et individuelle, v. en général DUPUY P.-M., *International criminal responsibility of the individual and the international responsibility of the State. The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary* / ed. par Antonio CASSESE, Paola GAETA, John JONES. Oxford: Oxford University Press, 2002, Vol. II, p. 1085-1089.

(¹⁷⁵) V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, p. 109 point 157.

(¹⁷⁶) V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, p. 119-120. De cela découle, *a contrario*, que la Cour n'a pas le pouvoir d'apprécier la commission d'un acte de génocide par une personne privée. Elle doit se limiter à vérifier le respect de l'obligation de prévention à cet égard.

auquel cet organe appartient, n'ait pas commis génocide à l'égard du même fait ?¹⁷⁷ C'est avant tout afin d'éviter cette contradiction que la Cour a voulu appliquer un « degré élevé de certitude » dans l'appréciation des faits allégués par les parties.¹⁷⁸ Le même raisonnement est valable lorsque des personnes privées sont jugées coupables de génocide par un tribunal pénal international : en ce cas, cela exclurait toute possibilité d'une violation par l'Etat de l'obligation de ne pas commettre génocide.¹⁷⁹

b) Torture.

Le cas italien est un exemple pour ce qui concerne l'exécution de l'article 4 de la *Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (à suivre : Convention de New York), cette règle imposant à chaque Etat d'ériger en infraction la commission de tout acte de torture et d'y rattacher une peine appropriée.¹⁸⁰ Comme la prohibition de torture n'a pas été érigée en infraction pénale en Italie du fait du défaut d'une sanction pénale, les juges italiens n'ont pas le pouvoir de condamner les coupables de ce crime.¹⁸¹

(¹⁷⁷) Pour la même opinion, v. GATTINI A., A historical perspective : from collective to individual responsibility and back. *System Criminality in International Law* / ed. par André NOLLKAEMPER, Harmen VAN DER WILT. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 123.

(¹⁷⁸) V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, p. 130 point 210. Comme bien démontré, la Cour a réussi à se débarrasser de la question de l'intention de commettre génocide ; en effet, cette notion est inconnue quant à l'appréciation d'un fait internationalement illicite tandis que, en droit pénal, elle relève de la règle primaire. La Cour a donc d'abord vérifié l'intention de l'individu-organe 'dont les actes sont ensuite attribués – ou pas – à l'Etat'. V. ASCENSIO H., La responsabilité selon la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque. *Revue générale de droit international public*, 2007, vol. 111, p. 298. V. aussi, pour la même opinion, GAETA P., Génocide d'Etat et responsabilité pénale individuelle. *Revue générale de droit international public*, 2007, vol. 111, p. 276-278.

(¹⁷⁹) L'incompatibilité parmi l'obligation de prévention et la complicité s'explique dans ce point. La Cour a en effet affirmé que, si elle avait établi la complicité de la Serbe, elle ne se serait pas penchée sur l'examen de la violation de l'obligation de prévention. V. *supra*, note 152.

(¹⁸⁰) V. *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85.

(¹⁸¹) La Convention contre la torture a été objet d'une loi d'autorisation à la ratification et d'un 'ordine di esecuzione' dans la loi n. 498 du 3 novembre 1988 (v. Gazz. Uff. n. 271 du 18-11-1988). Le Parlement a donc choisi un simple renvoi au texte de la Convention pour accomplir les obligations y prévues.

Un exemple de cette carence est montré par les procès concernant les événements passés dans la caserne de Bolzaneto à Gênes en 2001 pendant le « meeting G8 ». Les juges italiens n'ont pas condamné les coupables pour avoir accompli des actes de torture ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants, en se bornant à les juger responsables pour le seul délit de faute de service.¹⁸² En effet, pour remédier à la carence d'une précise incrimination, le ministère public avait notifié aux prévenus le délit d'abus d'autorité d'après l'article 323 du code pénal italien, en y alléguant, parmi les « violations de lois » qui sont des éléments constitutifs du délit, la méconnaissance de l'article 3 de la Convention EDH, et donc l'interdiction de torture y énoncé. La condamnation relative à ce chef d'imputation est contenue dans le point 18 du dispositif du jugement. Un inspecteur de police a été condamné pour abus d'autorité, en particulier pour avoir violé diverses règles juridiques, y compris l'article 3 de la Convention EDH, du fait de n'avoir pas empêché « que les personnes en garde-à-vue dans la caserne de Bolzaneto essayassent mesures vexatoires et traitements inhumains et dégradants ».¹⁸³ Par la suite, dans la motivation de l'arrêt, la Cour d'Appel a néanmoins établi son pouvoir d'employer le concept de « torture et de traitements cruels, inhumains ou dégradants » pour définir les comportements des prévenus, bien qu'elle ait, en même temps, nié toute responsabilité pénale à tel égard.¹⁸⁴ Elle a puis confirmé la condamnation au paiement des dommages et intérêts pour la violation de l'obligation de l'art. 3 de la Convention EDH en tant que violation d'une loi interne. Ces arrêts montrent bien l'effet interne d'une obligation négative. D'après le juge italien, l'interdiction de ne pas accomplir des actes de torture ou traitements cruels, inhumains ou dégradants comprend aussi l'obligation d'en empêcher la réalisation, lorsqu'un agent public exerce un pouvoir de contrôle hiérarchique. En conséquent, lors de sa combinaison avec le droit interne (notamment, l'infraction de faute de service), une norme conventionnelle, qui interdit la causation d'un certain événement, pourrait bien conditionner les comportements-moyen des agents publics et déclencher des conséquences juridiques internes à l'encontre de ces sujets, dont la conduite a engendré l'événement qu'il aurait fallu éviter.

⁽¹⁸²⁾ V. *Tribunale di Genova*, sez. III, 14 luglio 2008, n. 3119/08, pag. 318

⁽¹⁸³⁾ V. *Tribunale di Genova*, cit., p. 439 avec la pag. 28.

⁽¹⁸⁴⁾ V. *Corte di Appello di Genova*, 5 marzo 2010, n. 678/10, pagg. 8 e ss. de la motivation.

Ces jugements permettent aussi de confronter des obligations énoncées par l'article 4 de la Convention de New York et par l'article 3 de la Convention EDH. Comme déjà souligné, l'art. 4 de la Convention de New York impose à chaque Etat partie d'ériger en infraction la torture et d'y rattacher une peine appropriée, tandis que l'article 3 de la Convention EDH se borne à interdire aux Etats la commission de torture et l'accomplissement de tout acte de contrainte injustifiée à l'encontre des personnes privées.¹⁸⁵ L'interprétation de l'article 4 de la Convention de New York a engendré une querelle parmi le gouvernement italien et le Comité contre la torture (à suivre : CAT). Dès les premiers rapports soumis au CAT, le gouvernement a toujours nié d'être obligé à édicter une norme *ah hoc* pour ériger en infraction l'interdiction d'accomplir des actes de torture, s'agissant d'une norme internationale déjà « self-executing ».¹⁸⁶ De son côté, le CAT a contesté cette prise de position, en affirmant qu'il y a une précise obligation d'édicter une infraction spécifique pour la torture d'après l'article 1 et que le respect de l'article 4 alinéa 2 implique l'adoption d' « appropriate penalties which take into account their grave nature ».¹⁸⁷ Il s'agirait donc d'une véritable obligation de comportement déterminé d'après le classement d'Ago.

(¹⁸⁵) V. NOWAK M., McARTHUR E., *The United Nations Convention Against Torture : a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 249. L'obligation de punir, exprimée par la Convention de New York dans l'article cité et par l'article 9 du Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, n'est pas subsidiaire à celle d'extrader, mais autonome. En effet, ces conventions laissent les Etats libres de choisir si extrader le coupable, lorsque cela a été requis, ou le punir. V. Assemblée Générale des Nations Unies, *Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare) »*. U.N. Doc. A/CN.4/630, par. 126-130.

(¹⁸⁶) V. MARCHESI A., Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Law. *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6, p. 202-204; MARCHESI A., L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura. *Rivista di diritto internazionale*, 1999, vol. 82, p. 468-469; FIORAVANTI C., Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali? *Quaderni costituzionali*, 2004, vol. 9, p. 561-565.

(¹⁸⁷) V. Rapport du Comité contre la torture (37ème - 38ème session), *Documents officiels de Assemblée générale* (63ème session), Supplément no. 44 (A/63/44), p. 52.

En revanche, l'article 3 de la Convention EDH n'oblige point à ériger en infraction la prohibition de torture. Cependant, la Cour EDH a explicitement imposé une telle charge aux Etats par l'imposition d'un devoir de mener une enquête effective.¹⁸⁸

L'examen de quelque arrêt permet d'établir l'existence et la portée d'une telle obligation positive.¹⁸⁹ Dans la vision de la Cour, les Etats non seulement doivent veiller à que les lois n'entravent la commission des actes de torture ou de traitements inhumains ou dégradants, mais ils sont aussi obligés de mener des enquêtes lorsqu'il y a le soupçon qu'un de tels actes aurait été commis et d'en punir les coupables.¹⁹⁰ En fait, la Cour EDH souvent apprécie les modalités dont l'investigation a été mise en œuvre par les organes de l'Etat, en identifiant les règles de comportement-moyen qui ont causé la violation de l'obligation de résultat (l'investigation effective et la punition). Par exemple, elle a condamné l'omission d'une prompte expertise médico-légale pour apprécier des blessures,¹⁹¹ le fait que l'investigation ait été menée par des personnes non-

(¹⁸⁸) « Pour qu'une enquête soit effective en pratique, la condition préalable est que l'Etat ait promulgué des dispositions de droit pénal réprimant les pratiques contraires à l'article 3 ». V. *Gäfgen c. Allemagne* [GC], no 22978/05, § 117, CEDH 2010. V. aussi CATALDI G., *La tortura è tra noi? La portata dell'art. 3 C.E.D.U. nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La tortura nel nuovo millennio: la reazione del diritto / ed. par Lauso ZAGATO, Simona PINTON. Padova: Cedam, 2010, p. 183.*

(¹⁸⁹) Sur les obligations positives tirées de l'article 3, en particulier l'obligation de mener des enquêtes, v. MOWBRAY A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2004, p. 43-48 e 59-64. V. aussi HARRIS D. J.; O'BOYLE M.; WARBRICK C., *Law of the European Convention on Human Rights*. 2e éd. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.107-111; COLELLA A., *C'è un giudice a Strasburgo : In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura. Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, vol. 52, p. 1827-1829.

(¹⁹⁰) Pour ce qui concerne les décisions de la Cour, v. *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 98, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI. Dans cet arrêt, pour la première fois la Cour tire l'obligation de mener des enquêtes et de punir les coupables des actes de torture de la combinaison parmi l'article 13 et l'article 3 de la Convention. Dans une affaire similaire, en vérifiant comment les juges turques avaient appliqué la norme interdisant la torture, la Cour affirma que « the outcome of the disputed criminal proceedings did not afford appropriate redress for the infringement of the principle enshrined in Article 3 » et condamna l'Etat de n'avoir pas puni le coupable de manière adéquate, puisque les juges ne peuvent pas laisser ces faits impunis. V. *Okkalk v. Turkey*, no. 52067/99, § 65-66, 78, ECHR 2006-XII.

(¹⁹¹) V. *Khadissov et Tsetchoïev c. Russie*, no 21519/02, § 118, 5 février 2009.

indépendantes,¹⁹² la concession d'une amnistie ou d'une remise de peine,¹⁹³ la longueur de l'enquête¹⁹⁴. Parfois, la Cour s'est penchée sur le pouvoir d'appréciation des juges internes, en se réservant la tâche « d'intervenir dans les cas où il existe une disproportion manifeste entre la gravité de l'acte et la sanction infligée ». Par ce moyen, elle a constaté si la peine appliquée était « propre à dissuader de la répétition de traitements similaires ni être perçue comme juste par la victime ».¹⁹⁵ Elle a, par exemple, jugé non conventionnel l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges qui avaient concédé un sursis d'exécution à des condamnés en tant que censés incorrectement « repentis ».¹⁹⁶ Il faut souligner que, en ces circonstances, l'objet du contrôle de la Cour est un comportement partiel de nature juridique, duquel dépend la punition effective. Le véritable but de l'obligation est donc la privation de la liberté : il s'agit d'un fait matériel, auquel « l'ensemble de la procédure, y compris la phase de jugement » doit aboutir.¹⁹⁷ En effet, la Cour pourrait bien être saisie pour établir si la peine a été effectivement expiée par le coupable. De même, lorsqu'il faut apprécier la violation de l'interdiction de commettre torture ou les autres actes prohibés par l'article 3, la Cour vérifie si l'événement matériel s'est réalisé : l'objet de l'appréciation judiciaire est donc un événement matériel. Cette appréciation est conduite, par exemple, en se référant aux preuves directement alléguées par le requérant (« medical reports confirmed that he had been caused head trauma [...] these acts can only be considered torture »)¹⁹⁸ ou à des présomptions.¹⁹⁹ En conséquent, lorsque la norme

⁽¹⁹²⁾ V. *Gurgurov c. Moldova*, no 7045/08, § 65, 16 juin 2009.

⁽¹⁹³⁾ V. *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, § 55, 2 November 2004.

⁽¹⁹⁴⁾ V. *Labita c. Italie* [GC], no 26772/95, § 133, CEDH 2000-IV; *Antonio Indelicato c. Italie*, no 34442/97, § 37, 6 novembre 2003.

⁽¹⁹⁵⁾ V. *Zontul c. Grèce*, no 12294/07, § 106-107, 17 janvier 2012.

⁽¹⁹⁶⁾ « La Cour note l'appréciation singulière des juges en ce que les policiers mis en cause devaient passer pour s'être « repentis », élément qui a motivé le sursis à l'exécution des peines accordé en l'espèce. Or la Cour n'aperçoit dans le dossier aucun signe de repentir ». En conséquent, « la Cour considère que la décision des juges incriminée en l'espèce dénote un pouvoir discrétionnaire exercé plus dans le souci de réduire l'effet d'un acte illégal d'une extrême gravité que dans celui de prévenir toute apparence de tolérance de tels actes ». *Okkali v. Turkey*, no. 52067/99, § 74-75, précité.

⁽¹⁹⁷⁾ V. *Okkali v. Turkey*, no. 52067/99, § 65, op. cit.

⁽¹⁹⁸⁾ V. *Pădureț v. Moldova*, no. 33134/03, § 72-74, 5 January 2010. Dans cette affaire, la Cour a aussi constaté que le défaut d'ouverture d'une poursuite pénale à l'encontre d'un individu mis en

internationale interdit de produire un événement, le contrôle s'effectue directement sur un fait matériel (il s'agit d'une obligation de résultat matériel), alors que cette appréciation apparaît plutôt juridique quand il faut établir la méconnaissance de l'obligation de punir, qui demande de tenir des comportements partiels de nature juridique aptes à produire un résultat. Même dans ce dernier cas, néanmoins, un résultat matériel doit être réalisé (la punition effective), moyennant une série de comportements qui se fondent sur l'application ou la disapplication des normes internes.

Le Comité contre la Torture (à suivre : CAT) adopte la même démarche. Par exemple, il a constaté la commission matérielle de torture « compte tenu du récit détaillé que le requérant a donné des actes de torture qu'il a subis et des documents médicaux qui corroborent ses allégations [...] en violation du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention »²⁰⁰, tandis que le respect de l'article 12 de la Convention de New York

examen pour un acte de torture et la qualification du fait dans un crime puni moins gravement, (comme une lésion corporelle), sont contraires à l'article 3 de la Convention EDH. Dans un autre récente affaire, la Cour a apprécié un traitement inhumain en considérant que « the applicant's submissions and the documents furnished in support of his allegations [...] presented a generally coherent and convincing picture of his abduction, detention and ill-treatment at the hands of State ». V. *Gisayev v. Russia*, no. 14811/04, § 137, 122-146, 20 January 2011. Récemment, la Cour a souligné que « en se fondant “on all the materials in its possession, finds the explanation given for the applicant's injuries both by the Government and the domestic authorities to be highly dubious and implausible ». V. *Virabyan c. Arménie*, no 40094/05, § 152-154, 2 octobre 2012.

(¹⁹⁹) « Quatre médecins différents - dont un de l'administration pénitentiaire - examinèrent l'accusé dans les jours qui suivirent la fin de la garde à vue. Leurs certificats contiennent des observations médicales précises et concordantes, et indiquent des dates de survenue des blessures qui correspondent à celles du séjour dans les locaux de la police ». V. *Tomasi c. France*, 27 août 1992, § 110, série A no 241-A. C'est toutefois difficile de trouver une explication aux arrêts, par lesquels la Cour a condamné l'Etat pour n'avoir pas mené des enquêtes approfondies tout en l'acquittant pour n'avoir pas violé l'article 3. Il s'agirait pourtant d'un certain 'self-restraint', due a des raisons d'opportunité politique. Au contraire, des auteurs interprètent ces décisions comme des preuves de la « subsidiarité du contrôle européen », puisque « il appartient en premier lieu aux juridictions internes [...] d'apprécier les faits et de peser les éléments recueillis ». Pour cette thèse, v. TULKENS F., Commentaire. *La preuve devant les juridictions internationales* / ed. par Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL. Paris: Pedone : 2007, p. 147.

(²⁰⁰) V. Rapport du Comité contre la torture (47ème - 48ème session), Communication no 433/2010 : *Gerasimov c. Kazakhstan*, Documents officiels de Assemblée générale (67ème session), Supplément no. 44 (A/67/44), p. 530 point 12.2. De manière similaire, le Comité apprécie un acte de torture en se fondant sur l'examen des « certificats médicaux présentés à l'appui, décrivant les coups et blessures auxquels le requérant a été soumis » et sur des présomptions (« l'État partie

(obligation de mener une enquête effective) est contrôlé par l'examen des comportements partiels qui entravent d'aboutir à une enquête effective. Dans ces hypothèses, on note le contrôle sur la récolte des éléments de preuve²⁰¹ ou l'appréciation de la longueur de l'enquête.²⁰² Toutefois, par rapport à la Cour EDH, l'appréciation du CAT n'arrive pas à préciser les normes internes sur la base desquelles les organes ont tenu des comportements aptes à entraver la rapidité ou l'efficacité de l'enquête. Cela est évidemment dû à la nature non judiciaire de cet organe.

Un discours similaire peut être fait au regard des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Dans ce domaine, le raisonnement de la Cour EDH est similaire à celui élaboré par la CIJ lors de l'affaire du génocide bosniaque, puisque d'après la Cour EDH les Etats ont un devoir de prévention à l'égard des mauvais traitements accomplis par des personnes privées. Cela confirme que ces derniers sont directement affectés par une norme primaire conventionnelle, une prohibition. Alors que l'interdiction de torture est rarement interprétée comme un devoir de l'Etat de prévenir que les organes relevant de

n'a pas contesté les faits ») : V. Rapport du Comité contre la torture (39ème - 40ème session), Communication no 269/2005 : *Ali Ben Salem c. Tunisie*, Documents officiels de Assemblée générale (63ème session), Supplément no. 44 (A/63/44), p. 215 point 16.4. Parfois, le Comité a remplacé l'interprétation des faits élaborée par les juridictions nationales par la sienne, en employant des présomptions : « le Comité considère que les blessures du requérant sont trop importantes pour avoir été provoquées par l'utilisation d'une force proportionnée par deux policiers, d'autant que le requérant n'était apparemment pas armé [...] Il ne peut pas faire sienne l'interprétation des juridictions nationales qui ont estimé que le requérant avait subi une «lésion corporelle légère» résultant de la force employée contre lui ». V. Rapport du Comité contre la torture (41ème - 42ème session), Communication no 257/2004 : *Kostadin Nikolov Keremedchiev c. Bulgarie*, Documents officiels de Assemblée générale (64ème session), Supplément no. 44 (A/64/44), p. 272 point 9.3.

(²⁰¹) « Le Comité considère que la recherche de preuves supplémentaires était pertinente étant donné que si, d'une manière générale, les rapports médico-légaux sont importants pour prouver des faits de torture, ils sont souvent insuffisants et doivent être comparés avec d'autres éléments d'information ». V. Rapport du Comité contre la torture (47ème - 48ème session), Communication no 453/2011 : *Gallastegi Sodupe c. Espagne*, op. cit., p. 565, par. 7.3.

(²⁰²) V. Rapport du Comité contre la torture (45ème - 46ème session), 'Communication no 341/2008 : *Hanafi c. Algérie*', Documents officiels de Assemblée générale (66ème session), Supplément no. 44 (A/66/44), p. 398, point 9.6 ; v. Rapport du Comité contre la torture (41ème - 42ème session), 'Communication no 291/2006 : *Saadia Ali c. Tunisie*, op. cit., p. 313 point 15.7. V. Rapport du Comité contre la torture (33ème - 34ème session), 'Communication no 171/2000 : *M. Jovica Dimitrov c. Serbie-et-Monténégro*', Documents officiels de Assemblée générale (60ème session), Supplément no. 44 (A/60/44), p. 120 point 7.1.

son autorité accomplissent cet acte, étant donné qu'il s'agit d'un acte de nature étatique, il en va autrement pour les traitements cruels, inhumains ou dégradants. Quand ceux-ci concernent les personnes privées, les organes de l'Etat sont engagés par plusieurs obligations positives dont le but est mettre en cause la responsabilité de l'Etat pour le fait d'un privé. Dans son acception plus restreinte, la Cour EDH interprète cette obligation comme le devoir de l'Etat de prendre toute mesure administrative nécessaire pour empêcher que des sujets privés commissent des délits contre les personnes.²⁰³ Parfois, la Cour EDH a constaté une simple inertie des autorités (« they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk »).²⁰⁴ Dans d'autres cas, la Cour a apprécié l'efficacité des mesures judiciaires prises par les autorités pour prévenir les risques d'attentes.²⁰⁵ Enfin, la Cour EDH parfois souligne une précise carence du droit interne, qui n'a pas empêché la réalisation de la violence, produite par des personnes privées : par exemple, elle a noté « certaines lacunes » de la loi bulgare, qui ne fournit pas « de précisions pour encadrer » un appel à l'aide, qui les policiers peuvent faire à « la population afin de prévenir des actes de trouble à l'ordre public ».²⁰⁶ On voit donc bien que, quand il s'agit d'une obligation de prévention, la Cour se soigne de spécifier les comportements partiels aptes à entraver le résultat final, à identifier donc la cause de la violation. La Cour EDH a adopté aussi une acception large de cette obligation de prévention, y incluant l'obligation de punir (donc une obligation secondaire par rapport aux individus, découlant de la violation de l'interdiction). Par exemple, il a été affirmé que les Etats ont l'obligation d'ériger en infraction et de mener des enquêtes effectives et des poursuites pénales à

(²⁰³) V. *Ay c. Turquie*, no 30951/96, § 55, 22 mars 2005 ; *E. et autres c. Royaume-Uni*, no 33218/96, §97-101, 26 novembre 2002 ; *Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], no 29392/95, §70-75, CEDH 2001-V.

(²⁰⁴) V. *Dorđević c. Croatie*, no 41526/10, § 137-150, CEDH 2012;

(²⁰⁵) V. *Opuz c. Turquie*, no 33401/02, § 169-170, CEDH 2009. « La Cour relève que, bien que H.O. eût recommencé à frapper violemment sa femme après la première infraction grave [...] il a bénéficié d'une mesure de libération provisoire [...] ; elle constate que les décisions de justice rendues dans la présente affaire se caractérisent par leur manque d'efficacité, qu'elles laissent apparaître une certaine tolérance et qu'elles n'ont apparemment pas eu d'effet préventif ou dissuasif sur le comportement de H.O »

(²⁰⁶) V. *Șerban c. Roumanie*, no 11014/05, § 73, 10 janvier 2012.

l'encontre des individus qui aient commis des viols.²⁰⁷ Dans des autres affaires, la Cour EDH a vérifié si l'obligation de punir avait été effectivement respectée, en jugeant responsables les Etats parties lorsque le procès pénal n'avait pas abouti à une condamnation du coupable de la violence.²⁰⁸

Ceci étant, la jurisprudence de la Cour EDH pourrait être interprétée comme la preuve que l'interdiction d'accomplir des actes de torture ou de traitements cruels ou dégradants engage aussi les Etats à ériger en infraction la conduite interdite et à punir les coupables. De cette manière, les obligations d'ériger en infraction, de punir et de prévenir seraient déduites de la simple existence d'une interdiction.²⁰⁹ Du point de vue logique, ce raisonnement l'inverse de celui pris par la CIJ lors de l'affaire concernant la punition et prévention du génocide bosniaque. Dans ce litige-là, comme on a vu, la Cour a dégagé *de* l'obligation de punir et prévenir le génocide une interdiction (coutumière) s'adressant directement aux Etats et aux sujets privés ; à l'inverse, la Cour EDH tire *de* la simple prohibition de torture des obligations non énoncées dans le traité. On pourrait alors soutenir que les obligations de punir et de prévenir soient l'achèvement d'un processus d'interprétation systématique de la Convention EDH. En premier lieu, cela est prouvé par les arrêts où fut appliqué, pour la première fois, l'obligation procédurale de mener des enquêtes effectives en cas de l'allégation d'une violation de l'article 3. En ces cas, souvent la Cour EDH s'est appuyée sur « l'exigence » de l'article 13,

« en vertu de laquelle toute personne ayant un grief défendable de violation de l'article 3 doit disposer d'un recours effectif fournit généralement au requérant

(²⁰⁷) V. *I.G. c. Moldova*, no 53519/07, §43-45, 15 mai 2012; *Pantea c. Roumanie* no 33343/96, § 215, CEDH 2003-VI.

(²⁰⁸) V. *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, §22-24, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI ; v. aussi, récemment, *Șerban c. Roumanie*, op. cit., §72, 74-76, 84, 10 janvier 2012 ; *Macovei et autres c. Roumanie*, no 5048/02, § 6, 56, 21 juin 2007.

(²⁰⁹) Les arrêts des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ont confirmé que la Convention de New York contient une interdiction coutumière, bien qu'ils aient adapté la défense d'accomplir un acte de torture aux particularités du droit humanitaire. V. BURCHARD Christoph, *Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*. *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6, p. 161-163. Selon l'arrêt *Furundžija*, l'interdiction de la torture et de traitements cruels, inhumains ou dégradants est comprise dans l'obligation de punir : v. TPIY, affaire n.° IT-95-17/1-T, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, op. cit., par. 149-150.

un redressement et les garanties procédurales nécessaires contre les abus pouvant être commis par des agents de l'Etat ». ²¹⁰

Cette interprétation systématique de la Convention se montre encore plus clairement par rapport à la question de l'expulsion des étrangers. En effet, la Cour a fait découler de l'obligation de ne pas commettre torture l'obligation de non-refoulement envers les Pays où l'individu rapatrié pourrait subir des actes de torture ou autres mauvais traitements du fait de la nature « absolue » et de « l'esprit » de l'article 3. ²¹¹ De même, dans l'affaire *H.L.R. c. France*, en s'appuyant sur le « caractère absolu » de l'article 3, la Cour a affirmé qu'il s'applique « lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique » et que, par conséquent, l'Etat partie de la CEDH ne doit pas rapatrier une personne au cas où l'Etat d'appartenance ne saurait la protéger du risque que des *privés* commissent à son encontre des traitements inhumains ou dégradants. ²¹²

La pratique du Comité des droits de l'homme a suivi la même démarche interprétative. En effet, la prohibition de commettre torture, visé par l'article 7 du *Pacte*

⁽²¹⁰⁾ V., par exemple, *İlhan c. Turquie* [GC], no 22277/93, § 92, CEDH 2000-VII. V. aussi *Mahmut Kaya c. Turquie*, no 22535/93, § 124-126, CEDH 2000-III : « La portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention ». Dans des autres affaires, la Cour a justifié l'obligation de mener des enquêtes effectives, en examinant le système pénal d'un Etat par rapport au viol, sur le fondement de l'article 3 en combinaison avec les articles 1 et 8. V. *M.C. c. Bulgarie*, no 39272/98, § 148-153, 185-187, CEDH 2003-XII. Donc, une autre preuve de l'interprétation systématique de la Cour EDH. V. aussi *Filip c. Roumanie*, no 41124/02, § 47, 14 décembre 2006.

⁽²¹¹⁾ Selon la Cour EDH, l'art. 3 implique l'obligation de ne pas expulser un individu vers un Pays où il pourrait être soumis à un acte de torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Pour le premier cas, v. *Goering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A no 161, § 88. Récemment, v. *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], no 27765/09, § 123-138, CEDH 2012 ; *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 125-127, ECHR 2008; *Jabari c. Turquie*, no 40035/98, § 39, CEDH 2000-VIII. V. GIANELLI A., Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza *Saadi* della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Rivista di diritto internazionale*, 2008, vol. 91, p. 452. Il faut néanmoins souligner que le caractère absolu de l'article 3 est tiré de l'article 15 alinéa 2 de la Convention EDH, d'après lequel aucune dérogation est permise à l'interdiction de torture et des autres traitements inhumains ou dégradants en cas d'état d'urgence.

⁽²¹²⁾ V. *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, § 40, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III ; v. aussi *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, no 1948/04, § 140, 146-147, 11 janvier 2007 ; *T.I. c. Royaume-Uni* (déc.), no 43844/98, p. 17, CEDH 2000-III.

International relatif aux droits civils et politiques (par la suite : PIDCP), est assortie par des autres obligations de nature procédurale, comme celle d'ériger en infraction et de punir les coupables de torture. Ces obligations découlent d'une interprétation systématique de la Convention : la prohibition de l'article 7 (de nature absolue : v. l'article 4 (2) de ce traité), a permis au Comité de soutenir qu'elle, une fois lue en combinaison avec l'article 2 de la Convention, oblige les Etat d'ériger en infraction et de punir les coupables des actes y énoncés.²¹³ Il faut noter que l'article 2 du PIDCP, comme on verra par la suite (v. *infra*, p.), a un contenu tout à fait similaire à celui de l'article 13 de la Convention EDH du fait d'engager les Etats à

« garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel ».

Souvent, le Comité a constaté une violation de l'article 7, lu conjointement avec l'article 2, lorsque l'Etat n'a pas ouvert des procédures pénales pour vérifier des allégations de torture ou de traitements inhumains ou dégradants.²¹⁴ Evidemment, quand

(²¹³) Dans le premier Commentaire général à ce sujet, le Comité souligne que « it follows from article 7, read together with article 2 of the Covenant, that States must ensure an effective protection through some machinery of control. Complaints about ill-treatment must be investigated effectively by competent authorities. Those found guilty must be held responsible, and the alleged victims must themselves have effective remedies at their disposal, including the right to obtain compensation ». V. Report of the Human Rights Committee, 'General Comment No. 07: Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Art. 7)', 30/05/82, Sixteenth session (1982), para. 1. La même approche est contenue dans le Commentaire plus récent : pour l'obligation d'ériger en infraction, de punir et de garantir un remède effectif, v. Rapport du Comité des droits de l'homme, Observation générale no 20 (1992) concernant l'article 7, *Documents officiels de l'Assemblée générale* (47^{ème} session), Supplément no 40 (A/47/40), annexe VII, par. 13-15.

(²¹⁴) Pour un rappel général de l'obligation de punir, v. Rapport du Comité des droits de l'homme (85^{ème} – 87^{ème} session), Communication no. 1196/2003 *Boucherf c. Algérie* (30 mars 2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61^{ème} session), Supplément n. 40 (A/61/40) Vol. II, p. 324, point 11. V. Rapport du Comité des droits de l'homme (103^{ème} – 104^{ème} session), Communication no.1755/2008, *El Hagog Jumaa c. Libye* (19 mars 2012), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (67^{ème} session), Supplément n. 40 (A/67/40) Vol. II, p. 64, par. 8.5. Dans le même rapport, v. Communication no 1759/2008, *Traoré c. Côte d'Ivoire* (31 octobre 2011), p. 79. point 7.6, pour ce qui concerne la concession d'une amnistie qui entrave l'acquittement de l'obligation de punir. V. aussi Rapport du Comité des droits de l'homme (94^{ème}-96^{ème} sessions), Communication no 1163/2003, *Isaev et Karimov c. Ouzbékistan* (20 mars 2009), *Documents*

l'existence de l'obligation de punir est tirée de la règle qui impose à l'Etat de garantir un remède effectif, le système étatique de répression acquiert une fonction réparatrice. En effet, lors d'une des premières communications à ce sujet, le Comité a souligné que l'amnistie, dans la mesure où elle empêche une enquête effective et la punition des coupables, est « généralement incompatible » avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes.²¹⁵ De surcroît, la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme souligne cette caractéristique de l'obligation de punir, comme une forme de réparation aux victimes des violations de la Convention.²¹⁶

Il semble alors difficile de soutenir qu'une obligation coutumière de punir découlerait directement de l'existence d'une interdiction ; c'est vrai pourtant l'inverse. En fait, si l'Etat viole la norme coutumière « primaire » qui interdit la torture moyennant un comportement de ses organes et si on soutient, en même temps, que la même exprime aussi l'obligation de punir, alors l'Etat ne serait coupable qu'au fur et à mesure que le

officiels de l'Assemblée générale (64^{ème} session), Supplément. N. 40 (A/64/40), Vol. II, p. 17, point 11 ; Dans le même rapport, v. Communication no 1195/2003, *Dunaev c. Tadjikistan* (30 mars 2009), p. 37, point 9, où le Comité souligne le droit à l'ouverture d'une poursuite pénale « conformément au paragraphe 3 a) de l'article 2 du Pacte, [...] permettant de déterminer qui est responsable des mauvais traitements infligés ». En outre, v. Communication no 1280/2004, *Tolipkhuzhaev c. Ouzbékistan* (22 juillet 2009), p. 100 par. 10 ; Communication no 1418/2005, *Iskiyaev c. Ouzbékistan* (20 mars 2009), p. 209 point 11 ; Communication no 1447/2006, *Amirov c. Fédération de Russie* (2 avril 2009), p. 241 et suiv., points 11.4-12 ; Communication no 1469/2006, *Sharma c. Népal* (28 octobre 2008), p. 271, point 9. V. Rapport du Comité des droits de l'homme (91^{ème}-93^{ème} sessions), Communication no 1422/2005, *El Hassy c. Jamahiriya arabe libyenne* (24 octobre 2007), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (63^{ème} session), Supplément n. 40 (A/63/40) Vol. II, points 6.9-9, p. 168-169. Dans le même Rapport, v. Communication no 1436/2005, *Sathasivam et consorts c. Sri Lanka* (8 juillet 2008), p. 196, point 6.4 ; Communication no 1486/2006, *Kalamiotis c. Grèce* (24 juillet 2008), p. 325-326, points 7. Même pour ce qui concerne le lien parmi l'article 7 et le droit à une réparation adéquate le Comité emploie une interprétation systématique : v. Rapport du Comité des droits de l'homme (91^{ème}-93^{ème} sessions), Communication no 1426/2005, *Dingiri Banda c. Sri Lanka*, *Documents officiels de l'Assemblée générale* (63^{ème} session), Supplément n. 40 (A/63/40) Vol. II, p. 187, points 7,4-9.

⁽²¹⁵⁾ V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 322/1988 : *Hugo Rodríguez c. Uruguay* (19 juillet 1994), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (49^{ème} session), Supplément n. 40 (A/49/40) Vol. II, p. XXI, point 12.4.

⁽²¹⁶⁾ A propos de cette question et de la jurisprudence de la Cour interaméricaine, VIGANO' F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. Studi in onore di Mario Romano*. Napoli: Jovene, 2011, vol. IV, p. 2657-2659.

pouvoir de punir n'a pas été exercé du tout ou il a été exercé mal. L'interdiction de commettre torture, en tant que norme primaire et coutumière, et l'obligation de punir, en tant que norme secondaire, jouent sur deux plans différents. Un arrêt appréciant la commission d'un acte de torture suffit par lui-même à établir la violation de l'interdiction du point de vue du droit international, alors que des appréciations juridiques sont nécessaires pour vérifier la façon dont le pouvoir de punir a été exercée ou si la punition n'a eu lieu ou n'a pas été effective. En tout cas, l'obligation conventionnelle de punir un organe coupable de torture implique toujours qu'au même sujet soit interdit, au préalable, de tenir un certain comportement. Pour ces raisons, l'obligation de punir pourrait être considérée comme une norme secondaire, qui découle de la violation de la règle primaire interdisant une certaine conduite. Ce mécanisme permet de mettre en cause la responsabilité individuelle des individus sur un plan étatique. Ainsi interprétée, au fur et à mesure que la norme coutumière rend illicite une conduite et impose un devoir d'abstention aux organes de l'Etat, l'obligation de l'Etat de punir une telle conduite lui impose un résultat à atteindre, c'est-à-dire l'effective punition des coupables par l'incrimination et le déroulement du pouvoir judiciaire. Cette dernière obligation est de nature conventionnelle, comme l'obligation de prévenir que des traitements inhumains ou dégradants soient accomplis par des personnes privées.

Cette ambivalence est bien montrée par les jugements de Bolzaneto. Du point de vue du droit interne, l'interdiction engage directement tous les organes de l'Etat en permettant, lors d'une violation, l'application des conséquences juridiques négatives réglées par le droit interne, qui découlent de l'accomplissement de n'importe quel acte illicite.²¹⁷ Or, le simple fait qu'un comportement soit interdit par une norme internationale ne suffit pas à engendrer la responsabilité pénale des auteurs de la violation en droit interne, si ce comportement n'a pas été préalablement érigée en infraction et un

⁽²¹⁷⁾ Les conséquences juridiques de droit civil, qui découlent de l'inobservance de la norme coutumière, sont réglées par les normes qui visent, dans chaque Etat, les conséquences d'un comportement illicite. En effet, les accusés ont été condamnés au dédommagement, ayant commis une infraction pénale selon l'art. 185 du code pénal. Lorsque le droit international, en rendant illicite un comportement, se combine avec un délit qui punit, par exemple, l'abus d'autorité (en Italie, ce délit punit tout comportement de l'agent public contraire à la loi, et donc à l'art. 3 de la Convention EDH aussi), alors les individus, qui violent l'art. 3, accomplissent aussi un délit et sont assujettis à toute sanction de nature pénale et civile, y compris le devoir de dédommager les victimes.

procès n'a pas aboutit à une condamnation effective. En fait, il est difficile de soutenir que l'obligation de punir la commission d'un acte de torture ou d'autre mauvais traitement a été respectée par le Tribunal et la Cour d'Appel de Gênes, qui ont respectivement remis une partie de la peine et prononcé la prescription du délit de faute de service. A l'inverse, du point de vue de la responsabilité de l'Etat, lorsque les organes réalisent l'événement interdit, la méconnaissance du devoir d'abstention est immédiate ; de cela, découle ensuite l'obligation de punir effectivement les coupables, d'engager leur responsabilité pénale internationale sur le plan interne.²¹⁸ Cette opinion est vraisemblable puisque l'exercice du pouvoir judiciaire est nécessaire afin de remplir l'obligation de punir : cette modalité de fonctionnement reflète le schéma classique des normes secondaires, qui s'adressent à l'Etat en lui imposant un but à atteindre tout en le laissant libre quant au choix des moyens.

Enfin, du fait qu'une punition effective dépend de la manière dont le procès a été mené, c'est-à-dire de l'application des normes substantielles et procédurales, l'obligation secondaire de punir engagerait les Etats à modifier ou rendre inapplicables les normes qui concrètement entravent ce résultat, par exemple celles portant la juridiction ou la prescription. Ce résultat est lié à l'incorporation, donc à la place occupée par la norme internationale une fois introduite dans l'ordre interne. La norme internationale peut déployer sa pleine efficacité seulement après la modification des normes qui en empêchent le résultat, et donc après l'intervention du pouvoir législatif, à moins qu'elle ne soit considérée comme une norme de référence, supérieure aux autres normes internes, ainsi permettant l'intervention d'une cour constitutionnelle. Cette conclusion est bien soulignée par ceux qui soutiennent que l'interdiction de la torture, en tant que norme de *jus cogens*, prime les normes internes qui en entravent l'application.²¹⁹ En dehors de ces

⁽²¹⁸⁾ V. *Tribunale di Genova*, cit., pag. 441 et *Corte di Appello di Genova*, cit., p. 591.

⁽²¹⁹⁾ Comme l'arrêt *Furundžija* a bien mis en évidence, il est tout à fait contradictoire affirmer que l'interdiction de torture est une norme de *jus cogens*, entraînant pour cela la nullité de toute norme internationale contraire et, au même temps, qu'elle laisse les Etats libres d'édicter des normes qui autorisent ou tolèrent l'accomplissement d'un tel acte ou accordent une amnistie aux coupables. Alors, les normes internes étant contraires au droit international, les victimes peuvent 'engager une action devant une instance judiciaire nationale ou internationale compétente afin d'obtenir que la mesure nationale soit déclarée contraire au droit international' ou 'engager une action en réparation auprès d'une juridiction étrangère qui serait invitée de la sorte, notamment, à ne tenir aucun compte de la valeur juridique de l'acte national autorisant la torture'. V. T.P.I.Y.,

hypothèses, un rôle fondamental juge l'organe international éventuellement chargé de contrôler le respect de la Convention : comme on a vu, la Cour EDH spécifie les comportements partiels des organes qui ont entravé *de facto* l'accomplissement de l'obligation de punir. Ces comportements se fondent, à leur tour, sur des normes internes : et la Cour EDH parfois se penche à l'examen de celles-ci. D'autant plus l'institution internationale n'appréciera la portée des normes internes – sur lesquelles les organes tiennent des comportements précis –, d'autant plus la prise du droit international au droit interne se révélera « forte », du fait que l'arrêt contribuera à la consolidation d'une relation cause-effet. Toutefois, la nature non préjudicielle des procédures contentieuses internationales ne permet pas d'atteindre un résultat préventif, puisque la violation s'est déjà produite ; néanmoins, le fait d'apprécier un lien cause-effet est fondamental. D'ailleurs, quand la structure de l'obligation internationale permet d'identifier de manière assez précise l'organe interne chargé d'exécuter l'obligation – comme quand elle impose de créer ou d'éliminer des règles juridiques – il peut y arriver que l'organe international constate immédiatement la violation, comme par exemple le CAT a fait par rapport au cas italien. Le caractère « préventif » et « dissuasif » de l'obligation d'ériger en infraction la torture et de créer la juridiction universelle par rapport à l'obligation de punir la torture a été bien souligné dans le récent arrêt de la CIJ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou extraditer (Belgique c. Sénégal)*, puisque

« en se dotant de l'arsenal juridique nécessaire pour poursuivre ce type d'infraction, les Etats parties garantissent l'intervention de leur système judiciaire à cet effet et s'engagent à coordonner leurs efforts pour éliminer tout risque d'impunité ». ²²⁰

On voit bien alors que l'objet de cette obligation (juridique : l'adoption des normes internes) est un moyen apte à s'acquitter d'une autre obligation, celle de punir, de nature matérielle. Ces obligations de nature juridique – comme l'immunité de la juridiction par

affaire n.° IT-95-17/1-T, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, arrêt du 10 décembre 1998, par. 155. V. aussi DE WET E., *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law*. *European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, p. 99-100.

(²²⁰) V. C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou extraditer (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, 2012 non publié, p. 28, point 75.

rapport à l'inviolabilité – sont telles à la suite d'un processus de généralisation, qui a contribué à la consolidation d'une règle cause-effet d'après laquelle, en manière générale, il ne serait pas possible punir un individu sans que, préalablement, l'Etat n'ait pas érigé en infraction la conduite interdite et n'ait pas prévu des critères de juridiction permettant la poursuite. Il s'agit donc de permettre la pleine efficacité, *l'effet utile*, de l'enquête et de la punition effective. En fait, la Cour a souligné le résultat matériel de l'obligation de mener des enquêtes, énoncée par l'article 6 paragraphe 2 de la Convention de New York :

« Il ne suffit pas, comme le soutient le Sénégal, que l'Etat partie à la convention ait adopté toutes les mesures législatives pour sa mise en œuvre, il faut encore qu'il exerce sa compétence sur tout acte de torture en cause, en commençant par établir les faits ». ²²¹

Par ce moyen, elle a constaté un fait matériel en tant que contraire à l'obligation de mener une enquête, en notant que

« L'interrogatoire de première comparution auquel le juge d'instruction au tribunal régional hors classe de Dakar a procédé aux fins de constater l'identité de M. Habré et de lui faire connaître les faits qui lui étaient imputés ne peut être considéré comme la mise en œuvre de l'obligation prévue au paragraphe 2 de l'article 6, puisqu'il n'impliquait pas d'enquête relative aux charges pesant sur M. Habré ». ²²²

Enfin, il y a une dernière raison qui confirme la thèse de la séparation parmi la prohibition d'acte de torture et l'obligation de punir. Du point de vue du droit interne, la portée de l'interdiction d'accomplir les actes de torture ou autres mauvais traitements, comme n'importe quel autre acte illicite, a une application étendue du fait que de l'accomplissement de cet acte le droit interne tire nombreuses obligations à la charge des coupables, par exemple le devoir de réparation matérielle. Cette obligation, spéculaire par rapport à l'obligation de punir et énoncée dans plusieurs conventions internationales, ne peut pas être logiquement comprise dans le contenu même de l'interdiction coutumière. Par exemple, il n'est pas aisé de soutenir que la coutume, interdisant les actes de torture et les autres mauvais traitements, comprend aussi, pour cette seule raison, un droit des victimes à la réparation. L'énonciation d'un tel droit par l'article 14 de la Convention de New York n'implique point qu'il soit contenu dans l'interdiction de torture ni qu'il

(²²¹) V. C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou extradier*, arrêt, p. 30, point 85.

(²²²) V. C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou extradier*, arrêt, ibidem.

s'agisse d'une norme coutumière. En effet, la clause de sauvegarde de l'article 14 alinéas 2 de la Convention de New York « n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales ». De cette manière, on peut imaginer qu'un droit à la réparation soit rattaché à la commission d'un acte illicite dans la plupart des Etats. De surcroît, alors qu'après son incorporation une interdiction normalement engage tous les organes de l'Etat sans besoin d'édicter des autres normes, l'application des normes internes, qui règlent les conséquences négatives d'un acte illicite, souvent ne suffit pas à remplir l'obligation de garantir une réparation. Il s'agissant d'une obligation positive (comme l'obligation de punir), l'application par le CAT de l'article 14 montre le rapport parmi comportements-partiels et résultat (reconnaître une réparation). En effet, les décisions du CAT, rendues d'après l'art. 14 de la Convention de New York, montrent que l'obligation des Etats d'assurer aux victimes de torture « an enforceable right to fair and adequate compensation » se joint, dans chaque cas, au contrôle des modalités avec lesquelles le droit à la réparation a été reconnu. Par exemple, le CAT a condamné les retards injustifiés des autorités, la disparité en ce qui concerne la charge des preuves pour les victimes, les limitations à l'accès à la justice, les inadéquations du montant de la réparation.²²³ En particulier, il a constaté la violation de l'article 14 si, dans l'Etat concerné, le défaut de la préalable ouverture d'une poursuite pénale ne permet pas d'intenter une action en dommage.²²⁴ La préalable ouverture d'une poursuite pénale pour obtenir une réparation est un comportement étatique qui n'est pas visé directement par l'article 14 (de ce point de vue, il est aspécifique par rapport au résultat de garantir la réparation), mais il le devient dans la mesure où il empêche de réaliser l'événement prescrit par l'article 14. Le Comité crée donc une présomption de causalité parmi la règle qui ne permet pas de demander une réparation en dommages-intérêts sans la préalable condamnation au pénal et l'acquiescement de l'obligation énoncée dans l'article 14. Il en va de même pour la jurisprudence de la Cour EDH par rapport à

(²²³) NOWAK M., McARTHUR E., *The United Nations Convention Against Torture*, op. cit., p. 461-470.

(²²⁴) V. Rapport du Comité contre la Torture (47^{ème}-48^{ème} sessions), Communication n. 433/2010 : *Abdussamatov et al. v. Kazakhstan*, cit., p. 531, point. 12.8. V. aussi Rapport du Comité contre la Torture (35^{ème}-36^{ème} sessions), Communication no. 172/2000 *Danilo Dimitrijevic c. Serbie-et-Monténégro*, cit., p. 168, point 7.4; Rapport du Comité contre la torture (39^{ème} - 40^{ème} session), Communication no 269/2005 : *Ali Ben Salem c. Tunisie*, cit., p. 215 point 16.4.

l'acquittement des obligations procédurales découlant de l'article 3 de la Convention. Pour ces raisons, on peut affirmer que l'interdiction des actes de torture a une nature différente de l'obligation de punir les coupables, puisque il s'agit de deux obligations, une négative et l'autre positive.

D'ailleurs, la nature coutumière de l'obligation de punir est actuellement le sujet des travaux de la Commission de droit international et d'un arrêt de la CIJ. Pour ce qui concerne les premiers, le Rapporteur spécial a été exhorté d'établir si l'obligation *aut dedere aut iudicare* est coutumière par rapport aux crimes de génocide, torture et crimes contre l'humanité. La Commission n'a pas encore exprimé son opinion à ce sujet, puisque elle ne tient pas pour sûr que l'obligation *aut dedere aut iudicare* soit une conséquence automatique des normes de *jus cogens*, sa nature coutumière devant être appréciée « sur une très solide analyse de la pratique internationale, législative et judiciaire des États ». D'ailleurs, plusieurs délégations des États ont exprimées des opinions divergentes par rapport à la nature coutumière de l'obligation en question.²²⁵ Enfin, dans son quatrième, et dernier rapport, le Rapporteur Spécial a proposé un article 4, ainsi libellé :

« 1. Les États sont dans l'obligation d'extrader ou de poursuivre l'auteur présumé d'une infraction si cette obligation découle d'une norme coutumière du droit international.

2. Cette obligation peut découler en particulier des normes coutumières du droit international concernant [les violations graves du droit international humanitaire, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre].

3. L'obligation d'extrader ou de poursuivre découle de la norme impérative du droit international général acceptée et reconnue par la communauté internationale des États (*jus cogens*) sous forme soit de traité international soit de coutume internationale, érigeant en crimes les actes énumérés au paragraphe 2. ».²²⁶

⁽²²⁵⁾ V. GALICKI Z., Troisième rapport sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut iudicare*), U.N. Doc. A/CN.4/603 (2008), p. 21-22, point 42. Des auteurs pensent que l'obligation de punir ou d'extrader ne soient pas normes coutumières : v. CONFORTI B., *Diritto internazionale*. 8e éd. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010, p. 210

⁽²²⁶⁾ V. GALICKI Zdzislaw, Quatrième rapport sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut iudicare*), U.N. Doc. A/CN.4/648 (2011), p. 26.

Comme il est aisément clair, le Rapporteur a suivi le raisonnement qu'on a critiqué jusqu'ici, d'après lequel l'obligation de punir ou d'extrader découlerait directement d'une coutumière négative ou d'une norme de *jus cogens*. En effet, la formulation de cet article a été fortement critiquée par la CDI lors des débats de la 63^{ème} session.²²⁷

De son côté, dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou extradier (Belgique c. Sénégal)*, la Cour International de Justice n'a pas abordé la question de la nature coutumière de l'obligation de poursuivre ou extradier, en excluant l'existence d'un différend entre les Parties à ce sujet.²²⁸ La question reste donc ouverte.

⁽²²⁷⁾ V. Rapport de la Commission de droit international, *Documents officiels de l'Assemblée Générale*, (66^{ème} session), Supplément No. 10 (A/66/10), p. 291-293.

⁽²²⁸⁾ V. C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou extradier, arrêt*, p. 22, point 54.

Section 3. Conclusion

Des obligations négatives coutumières ont été étudiées dans ce chapitre, l'immunité et certaines prohibitions relevant du domaine du droit international pénal. Les normes primaires interdisent la réalisation d'un comportement matériel (torture, génocide) ou juridique (l'immunité). L'immunité, à son tour, est la manifestation d'un processus de consolidation qui a contribué à l'affirmation d'une règle internationale apte à prévenir, dans la plupart des cas, l'emploi de la force à l'encontre de certains sujets.

En ce qui concerne les normes « primaires », dans le cas de l'immunité ou de l'interdiction de commettre torture ou génocide, il appartient au droit international de qualifier comme illicite un précis événement. Au regard de l'immunité, elle souvent demande de ne pas réaliser un acte « juridique », en se référant directement aux normes internes qui confèrent une compétence aux organes étatiques d'exercer la juridiction. Différemment, pour ce qui concerne les interdictions d'accomplir génocide ou torture, ou – en général – un crime international, le but de l'interdiction est plutôt d'empêcher la réalisation d'un comportement matériel. Ici, l'appréciation du juge international n'est pas ainsi « forte » comme dans le cas de l'immunité, puisque la commission d'un crime international ne demande pas l'existence d'une norme interne conférant la compétence à l'accomplir tel acte à un particulier organe. En effet, pour que les normes de droit international pénal soient violées, il faut vérifier si la conduite a été tenue par n'importe quel organe de l'Etat ; en conséquence, leur méconnaissance implique toujours, et de manière plus évidente par rapport à l'immunité, l'application des normes internationales qui régissent les conditions auxquelles un acte est imputé à l'Etat

Sur cet aspect, il faut noter que les normes de droit international pénal visent, dans la majorité des cas, une conduite qui ne peut être tenue que par des organes de l'Etat. L'existence d'une obligation de prévention est néanmoins un signe qui permet d'affirmer que l'interdiction parfois s'adresse directement aux personnes privées : c'est le cas, notamment, du génocide et des traitements inhumains ou dégradants. Dans le cas de génocide, la portée extraterritoriale de l'obligation de prévention confirme qu'il s'agit d'une interdiction coutumière s'adressant aux personnes qui ne relèvent pas directement de l'autorité de l'Etat sur lequel pèse cette obligation conventionnelle. Autrement, on ne

pourrait pas concevoir une obligation de prévention sans supposer qu'une norme coutumière n'ait préalablement rendu, à son tour, illicite le comportement objet du devoir de prévention. Il peut y avoir donc une dissociation parmi la norme qui rend illicite une conduite – l'interdiction – et la norme qui pose un devoir à l'Etat, la prévention. A l'inverse, dans le cas des traitements inhumains ou dégradants l'interdiction et l'obligation de prévention sont d'origine conventionnelle. Cela donc prouve qu'en défaut d'une obligation conventionnelle de prévenir ou de punir, la responsabilité des individus ne peut jamais être directement engagée, bien qu'ils soient obligés de s'abstenir de tel comportement. Ce raisonnement permet de soutenir que les obligations de prévenir et de punir jouent comme des normes secondaires et subsidiaires par rapport aux individus concernés par les interdictions.

Les obligations de punir et de prévenir demandent la réalisation d'un événement extérieur : leur structure est forte opposée à l'égard des interdictions coutumières de ne pas accomplir génocide ou torture, par exemple. Ces obligations sont secondaires, puisque leur violation ne peut être appréciée qu'après l'accomplissement de l'acte prohibé ou lorsqu'il y a un suspect que cet acte ait été commis. Dans ce cas, les obligations de punir ou réparer se caractérisent par un résultat à atteindre. L'acquittement effectif de ces obligations demande le déroulement d'une activité étatique : l'Etat est donc libre de choisir les moyens à employer pour atteindre ce but. C'est donc à l'organe internationale chargé de veiller au respect des engagements conventionnels qui ressort la compétence d'apprécier ce résultat, mais seulement après l'activité (ou l'inertie) de l'Etat. A ce propos, la tâche du juge international – comme on a vu – est de constater la raison qui a entravé ou a retardé la réalisation de l'événement. Le contrôle peut être plus ou moins strict. Les arrêts de la Cour EDH montrent que souvent elle apprécie les comportements des organes qui ont rendu l'enquête ou la punition impossibles. Ces comportements manifestent l'existence ou une certaine interprétation de la règle interne qui confère le pouvoir d'enquêter ou de punir. Bien que l'analyse de l'organe international soit plutôt de nature juridique, il ne faut pourtant oublier que le but des obligations de punir ou d'enquêter est la réalisation d'un événement matériel. Donc, par rapport au système de droit communautaire, il n'y a pas de procédure incidente permettant de saisir l'organe international au cours d'une procédure nationale. En effet, le mécanisme du renvoi préjudiciel permet à la Cour de Justice de contrôler les moyens par

lesquels l'Etat cherche à atteindre le but visé par la norme communautaire (garantir un droit, par exemple), en vérifiant l'application des normes étatiques qui *devraient* garantir le résultat à atteindre fixé par la norme conventionnelle et, le cas échéant, en ordonnant la disapplication lorsqu'elles empêchent ce résultat par l'attribution au juge d'une compétence normative. Pour cette raison, l'application du droit communautaire est toujours immédiate, tandis que l'application du droit international nécessite d'une ultérieure activité étatique. Comme on voit, le degré de contrôle sur l'exécution des engagements internationaux est supérieur en droit communautaire par rapport aux mécanismes de résolution des différends internationaux individus-Etats

Enfin, il faut remarquer une certaine tendance à considérer les victimes comme les titulaires de l'obligation de punir ou d'enquêter, surtout d'après la jurisprudence du CAT et de la Cour EDH.

Chapitre 2 – Les normes conventionnelles et l’effet direct en général

L’avis consultatif *Compétence des Tribunaux de Danzig*, rendu par la Cour Permanente de Justice Internationale le 3 mars 1928, est traditionnellement indiqué comme la première réponse judiciaire à la question de savoir si un traité peut directement conférer des droits aux individus.²²⁹ La question herméneutique de savoir dans quelles conditions une règle internationale crée des droits à profits des individus semble être tranchée par la C.P.J.I. Une première lecture du passage, qui est considéré comme « l’esprit » de toute la question, suscite néanmoins un certain étonnement, vu la concision avec laquelle la Cour a réuni en deux propositions le point litigieux par rapport à la complexité des arguments des parties (§1). De même, les commentaires publiés dans les revues de droit juste après l’avis semblent assez indifférents par rapport à la question tranchée par la Cour : en effet, même une lecture approfondie de l’avis ne suffirait pas pour comprendre la « bataille culturelle » qui opposait les nouvelles conceptions du droit international à celles plus traditionnelles (§2).

⁽²²⁹⁾ V. *Compétence des Tribunaux de Danzig (Recours de certaines fonctionnaires ferroviaires contre l’administration polonaise)*, avis consultatif, Série B, n.° 15, C.P.J.I. Recueil des avis consultatifs, 1928. V. PARLETT K., The PCIJ’s Opinion in Jurisdiction of the Courts of Danzig: Individual Rights under Treaties. *Journal of the History of International Law*, 2008, vol. 10, p. 123-134.

Section 1. La question juridique dans l'avis *Compétence des Tribunaux de Dantzig*

Après la première guerre mondiale, un accord fut signé le 22 octobre 1921 parmi la Pologne et la Ville Libre de Dantzig (le *Beamtenabkommen*), en vertu duquel les fonctionnaires dantziens de la société de chemin de fer passèrent au service de la Pologne. A partir de l'année 1925, ces sujets portèrent plainte contre la Pologne devant les tribunaux de Dantzig, en s'appuyant sur l'article 6 du *Beamtenabkommen*, d'après lequel la Pologne aurait dû garantir au personnel passé à son service « les droits acquis et dûment établis » quand ils étaient au service de la ville de Dantzig.²³⁰ Selon la thèse de la Ville Libre, parmi ces droits il y avait « le droit [...] d'employer les voies juridiques pour la revendication de leurs droits pécuniaires » devant les tribunaux dantziens, puisque les règles du *Beamtenabkommen* seraient partie intégrante du « contrat de service » parmi les fonctionnaires et la Pologne.²³¹ L'origine du différend fut la décision du Haut-commissaire, contre laquelle la Ville Libre de Dantzig interjeta appel. Dans cette décision, afin d'exclure la possibilité, pour les employés des chemins de fer dantziens engagés par la Pologne, de se prévaloir du *Beamtenabkommen*, le Commissaire avait soutenu que les individus « n'obtiennent pas automatiquement » les droits énoncés par un traité, mais seulement par « l'exécution de l'obligation » qui les Etats sont tenus à accomplir, en édictant des normes internes. De cela découlerait que, en cas d'inaccomplissement d'une obligation internationale, « l'autre gouvernement, seule Partie en cause, peut l'exiger en droit [...] par la voie diplomatique ». En tous cas, le Commissaire affirma que le traité rien disait par rapport à une « exception à la règle générale concernant les traités, en créant des droits directs et individuels pour les intéressés ».²³² De son côté, en se ralliant à ces conclusions, la Pologne excipait l'incompétence des tribunaux dantziens du fait que la

(²³⁰) V. Accord du 22 octobre 1921, dit « Accord définitif concernant les fonctionnaires », *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I*, p. 148.

(²³¹) V. Acte d'appel du gouvernement de la Ville Libre de Dantzig contre la décision du Haut-commissaire de la Société des Nations, cit., *Série C, n. ° 14-I*, p. 116.

(²³²) V. C.P.J.I., *Compétence des Tribunaux de Dantzig, avis consultatif*, pp. 32-33.

violation d'un accord international, dans la mesure où il n'est pas capable de conférer des droits directs aux individus, ne pourrait non plus être établie par une juridiction nationale, sans qu'un « doit international de plainte contre l'Etat » soit leurs expressément reconnu.²³³ Tel n'étant pas le cas du *Beamtenabkommen*, « pout tous les différends venant à s'élever entre le Gouvernement polonais et la Ville Libre de Dantzig » la seule voie pour résoudre le différend serait celle diplomatique, « l'Arbitrage du Haut Commissaire de la Société des Nations et, en dernière instance, du Conseil de la Société des Nations ».²³⁴ De la thèse polonaise on peut déduire deux raisons qui justifient la carence d'effet direct d'une norme internationale : le principe suivant lequel les engagements internationaux ne règlent que des rapports interétatique et que la voie judiciaire n'est pas apte à trancher un litige concernant ces engagements.

Tel étant le point litigieux entre les parties, la C.P.J.I. eût à se prononcer sur des questions de fond avec deux passages. D'abord, la Cour spécifia la règle générale, en affirmant 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 des particuliers »

Or, juste après la Cour précisa que :

« 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 ».²³⁵

Ce passage peut être interprété de deux manières.

En premier lieu, on pourrait soutenir que la Cour se soit référée à deux règles différentes de droit international coutumier. D'abord, suivant un « principe bien établi », un engagement international ne peut pas conférer « comme tel » des droits aux particuliers.

(²³³) V. Réplique du gouvernement polonais à l'appel du Sénat de la Ville Libre de Dantzig, *Série C*, n.° 14-I, cit., p. 143.

(²³⁴) V. Réplique du gouvernement polonais à l'Appel du Sénat de la Ville Libre de Dantzig, cit., p. 133.

(²³⁵) V. C.P.J.I., *Compétence des Tribunaux de Dantzig*, avis consultatif, p. 17.

En cela, la Cour s’aligne sur la position de la Pologne qui, dans ses griefs, avait soutenu l’incapacité du traité d’être une source de droits et devoirs pour les individus sans que des mesures d’incorporation n’aient été pas préalablement édictées, les Etats demeurant les seuls destinataires des règles conventionnelles d’après la conception traditionnelle du droit international.²³⁶ Le Fur partagea entièrement cette opinion, en l’exprimant dans l’avis *pro veritate* rendu pour la Pologne.²³⁷ En effet, de la seconde partie du passage de l’avis on tire l’autre règle, suivant laquelle « l’objet même » d’un traité peut être l’édition des normes qui confèrent des droits et des devoirs aux individus. On se pose en conséquent la question de savoir si les Etats s’engagent à créer des règles internes du seul fait d’avoir ratifié une convention qui impose de garantir des droits ou obligations aux individus, étant donné que la convention ne peut pas créer directement ces rapports juridiques. Suivant le raisonnement de la Cour, la réponse à cette question est négative, puisque l’obligation d’édicter des normes internes peut être établie seulement si les Etats ont exprimé une « intention » à cet égard.²³⁸ Lorsqu’on coordonne les deux normes,

(²³⁶) Dans son mémoire transmis à la Cour le 30 novembre 1927, la Pologne soutint que le droit interne des Etats était le seul apte à conférer des droits aux individus, même lorsqu’il s’agissait d’une convention internationale. V. Mémoire du gouvernement polonais, *Série C, n. ° 14-I*, cit., p. 353-355. Dans son mémoire au Conseil de la Société des Nations du 17 août 1927, la Pologne affirma que « par principe, selon la thèse admise en général dans la pratique et dans la théorie du droit international, les stipulations de cette espèce [celles qui confèrent des droits *individuels*] signifient uniquement les obligations réciproques des Parties cosignataires de l’Accord ». V. Mémoire du gouvernement polonais au Conseil de la Société des Nations, *Série C, n. ° 14-I*, cit., p. p. 244. En plus, la Pologne mentionna la pratique à la suite d’un précédent accord international signé avec la Ville Libre de Dantzig et qui concernait la citoyenneté : dans ce cas, Dantzig avait édicté une loi reproduisant le traité. Donc, bien que les normes de cet accord auraient pu régler directement les rapports entre un Etats et ses ressortissant, toutefois ni la Pologne ni Dantzig considérèrent cet accord comme une sorte de « loi intérieure danzikoise » capable d’attribuer directement des droits aux ressortissants danzikois (*ibidem*, p. 245).

(²³⁷) Cet auteur soutient que c’est un « principe certain » de droit international que « les traités internationaux ne créent pas en principe de droits directs en faveur des nationaux de chaque État ». Donc, lorsqu’une convention confère des droits aux individus, seulement après l’exécution interne de ce traité les individus pourront bénéficier des droits. V. Avis consultatif du Professeur le Fur, *Série C, n. ° 14-I*, cit., p. 288 et suiv.

(²³⁸) Dans son mémoire envoyé la Cour le 30 novembre 1927, même le gouvernement danzikois fut très prudent à ce sujet. En effet, il souligna que « les instances internationales n’ont pas à examiner si les Etats contractants ont fait passer le droit international dans leur législation interne et de quelle manière ils l’ont fait ». V. Mémoire pour la Ville libre de Dantzig, *Série C, n. ° 14-I*, cit., p. 332. De manière similaire, on affirma que l’objet du différend n’était pas « le contrôle de

l'impasse apparaît évidente. Si l'intention des parties d'édicter des normes internes pour exécuter le traité n'avait pas été ainsi claire, alors il aurait fallu constater le défaut de juridicité de l'accord, la convention ne pouvant pas conférer par elle-même des droits aux particuliers selon le « principe de droit international bien établi ».²³⁹ Ce manque de juridicité découlerait du fait que la Pologne et la Ville Libre de Danzig s'étaient engagées à régler la statut juridique des employés des chemins de fer par convention (assujettie à la règle générale énoncée dans le premier passage), tout en n'ayant pas pris l'obligation d'édicter les normes internes d'exécution. Il en découle que, suivant ce raisonnement, les Etats peuvent stipuler un traité, qui ne déploie aucun effet dans l'ordre juridique national en tant que tel, tout en demeurant libres de s'engager quant à l'édiction des normes internes ayant pour but de garantir la jouissance de ces droits. Comme il est évident, on parvient à un paradoxe, qui cache le postulat purement dualiste d'après lequel les individus ne sont destinataires de la règle internationale que de manière médiate. La Cour cependant réussit à écarter cette impasse par la référence à l'intention des parties d'édicter les normes internes qui visent les droits des individus. La méprise peut être aperçue en prêtant attention à la distinction (fictive) parmi « traité » et « objet du traité » : alors que le premier ne confère jamais droits et devoirs aux particuliers « comme tel », son objet imposerait parfois aux Etats de régler avec une loi interne les rapports juridiques des individus. Toutefois, la règle énoncée dans la seconde partie du passage pourrait être lue d'une autre manière, pour éviter toute contradiction : lorsqu'un traité confère des droits individuels, les Etat s'engagent *toujours* à l'adoption de « règles

la procédure de transformation en règles de droit interne des règles posées dans un acte international » (*ibidem*, p.338). Pareils arguments furent exposés par Gilbert Gidel dans ses plaidoyers devant la Cour. V. Discours prononcé par M. le Professeur Gidel (représentant de la Ville libre de Dantzig), *Série C, n. ° 14-I*, cit., p. 24.

(²³⁹) Cette question peut être éclaircie en examinant l'opinion *pro veritate* du professeur Cavaglieri, rendue dans l'août du 1927. Bien que les Etats souvent se réfèrent, dans le texte d'un traité, aux droits et aux devoirs des individus, toutefois cela ne prouverait un engagement des Etats à édicter des normes internes réglant les rapports individuels, vu le principe général (ou le *postulat*) qu'un traité ne concerne que des rapports entre la Pologne et la Ville Libre de Danzig. V. Parere « pro veritate » del dott. Arrigo Cavaglieri, *Série C, n. ° 14-I*, cit., p. 279. D'après Cavaglieri, l'exception à ce principe – la nature interindividuelle de la norme internationale – devrait être prouvée en recherchant une claire volonté des Etats, s'ils ont voulu que le traité règle directement des droits individuels. Cet avis permet donc d'apercevoir l'influence de cette théorie sur l'avis de la Cour, qui demande la preuve de la volonté d'édicter des normes internes pour faire une exception à la règle générale.

déterminées » pour les garantir. Cela représente la seule façon pour éviter tout paradoxe et pour sauvegarder le principe suivant lequel une convention ne peut jamais être « comme telle » la source immédiate de droits et devoirs individuels.²⁴⁰ Cette conclusion pourrait néanmoins amener à affirmer que les règles internes, adoptées en exécution d'une norme internationale, suffiraient à remplir l'obligation internationale. Une telle interprétation doit être écartée, puisque l'édiction d'une norme interne n'est qu'un comportement (-moyen) qui permet de parvenir au résultat imposé par l'obligation internationale (consentir aux fonctionnaires dantziens la jouissance d'un certain droit). En deuxième lieu, le sens du passage montre une autre question, liée à l'incorporation : la validité interne – la juridicité – de la norme internationale doit, en quelque manière, être préalablement conférée par les Etats.

Or, en suivant une seconde interprétation de l'entier avis, un sens très différent se dévoile par rapport à ce qu'on vient d'exposer.²⁴¹ Le point clé qui permet d'éviter toute contradiction a été affirmé par la Cour dans les termes suivants :

« le texte et la teneur générale du *Beamtenabkommen* montrent que les dispositions de cet acte sont directement applicables entre les fonctionnaires et l'administration ».²⁴²

Le « texte » et la « teneur générale » de l'accord sont les indices qui ont permis à la Cour de parvenir à cette conclusion. Etant donné que l'article 4 n. 2 du *Beamtenabkommen* soumet les fonctionnaires dantziens à la loi polonaise par rapport aux infractions disciplinaires, et que le n. 5 du même article permet à la Pologne de déroger

(²⁴⁰) Bien avant du 1928, Triepel avait soutenu que « un traité international n'est donc jamais en soi un moyen de création du droit interne. Il peut seulement constituer une invitation à créer ce droit, mais la formation du droit repose toujours, dans l'État, sur un acte particulier de volonté de l'État, distinct de sa participation au développement juridique international ». V. TRIEPEL H., *Le rapports entre le droit interne et le droit international*, *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1923, vol. 1, tome I, p. 84.

(²⁴¹) La Cour aurait pu établir que le traité n'était pas directement applicable, mais elle ne l'a pas fait. Ce choix montre une certaine façon de concevoir la souveraineté, laquelle n'est plus caractérisée par un pouvoir absolu de « adopting such rules as it chose », mais de type relationnel, en se déployant vis-à-vis des autres Etats. V. SPIERMANN O., *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: the Rise of the International Judiciary*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005, p. 271-272.

(²⁴²) V. C.P.J.I., *Compétence des Tribunaux de Dantzig, avis consultatif*, p. 18.

aux règles énoncées dans l'accord international à ce sujet, et cette circonstance, toujours d'après l'article 4 n. 5, il est nécessaire d'amender le texte de l'accord international « afin de rendre les dispositions de la loi polonaise applicables aux fonctionnaires de Dantzig. ».²⁴³ Cela a permis à la Cour de déduire que le *Beamtenabkommen* était la seule source apte à régler les rapports juridiques parmi des individus (les fonctionnaires danzikois) et un Etat (la Pologne) : cela est prouvé par le fait qu'il aurait fallu modifier le traité à la suite de l'adoption d'une loi interne qui lui déroge. Voici alors l'émergence de l'apparente contradiction. D'un côté, la Cour soutint la possibilité pour les individus d'être bénéficiaires des droits seulement par l'entremise des normes internes d'exécution d'une convention et, d'autre côté, elle reconnut l'applicabilité directe de certaines normes de la convention, sans la nécessité que des lois internes aient été préalablement édictées. En fait, elle affirma que les employés de l'administration polonaise des chemins de fer pouvaient se prévaloir d'un droit de plainte, reconnu par la convention, d'après les tribunaux de la Ville Libre de Danzig pour revendiquer certains autres droits assurés par le *Beamtenabkommen*, même si la Pologne n'eût pas adopté aucune norme interne d'exécution et eût soutenu de n'être pas obligée par rapport à eux. Comme elle spécifia,

« si, comme il semble ressortir de quelques-uns des documents soumis à la Cour [...], la Pologne soutenait que les tribunaux de Dantzig ne peuvent appliquer les dispositions du *Beamtenabkommen* parce qu'elles n'ont pas été dûment insérées dans le droit national polonais, la Cour devrait faire observer que la Pologne, en tout cas, ne pourrait se prévaloir d'une objection qui, selon l'interprétation donnée par la Cour au *Beamtenabkommen*, équivaudrait pour la Pologne à se fonder sur la non-exécution d'une obligation qui lui a été imposée par un engagement international ».²⁴⁴

En tranchant le différend, la Cour s'inspira de l'opinion du professeur Cavaglieri, exprimée dans l'avis *pro veritate* rendu à la Pologne. Après avoir rappelé le principe selon lequel les individus, n'étant pas sujet de droit international, ne peuvent être bénéficiaires de droits et devoirs que par l'entremise du droit interne, ce professeur reconnut, même comme hypothèse purement théorique, la possibilité d'une exception à une telle règle :

⁽²⁴³⁾ V. C.P.J.I., *Compétence des Tribunaux de Dantzig, avis consultatif*, p. 19.

⁽²⁴⁴⁾ V. C.P.J.I., *Compétence des Tribunaux de Dantzig, avis consultatif*, p. 26-27.

« nulla astrattamente impedisce che in un trattato [gli stati, n.d.r.] convengano di accordare a terzi, quali sarebbero singoli individui, dei diritti immediati, diretti, che per essere fatti valere, non abbiano bisogno di passare per il tramite del rispettivo diritto interno ».²⁴⁵

Tout en précisant qu'il s'agirait d'une exception « che manca finora di ogni applicazione concreta », le professeur Cavaglieri affirme qu'il faudrait en conséquence bien établir que « la volontà degli Stati contraenti in questo senso risulti ben chiara e non dubbia dalle clausole del trattato ».²⁴⁶

A la lumière de ces considérations, il apparaît tout à fait évident que la référence à l'intention des parties a été indiquée par la Cour d'une façon, peut-être, délibérément erronée, puisque elle ne vérifia pas si la Pologne avait édicté les mesures d'exécution du traité, en se bornant plutôt à affirmer que les règles internationales pouvaient être directement appliquées par les tribunaux danzikois. D'autre côté, la référence à l'intention des Etats, indispensable pour vérifier la volonté de créer normes internes s'adressant aux individus, ne demeure qu'une affirmation de principe dans l'économie générale de l'avis. En effet, vérifier si les Etats ont voulu s'engager à édicter des normes internes acquiert un sens seulement dans la mesure où on suppose l'existence d'une règle internationale qui laisse les Etats libres d'adopter ces normes internes, bien que toute convention internationale ne puisse pas s'adresser directement aux individus. Comme on a vu, même si ce constat amènerait à un paradoxe (la carence de juridicité de l'accord), il a la fonction de justifier et préserver le principe que les Etats sont les seuls sujets de droit international. Il en résulte que la Cour a voulu cacher la portée de son avis en spécifiant des règles tout à fait rassurantes, respectueuses de la vision dualiste du droit international, bien que le sens de l'avis ait des aspects novateurs par rapport à la tradition.

⁽²⁴⁵⁾ V. Parere « pro veritate » del dott. Arrigo Cavaglieri, *Série C, n. ° 14-I*, cit., p. 278.

⁽²⁴⁶⁾ V. Parere « pro veritate » del dott. Arrigo Cavaglieri, *ibidem*.

Section 2. L'avis dans le contexte du débat monisme-dualisme

A la lumière de ce qu'on vient de montrer, il est évident que Anzilotti, élu Président de la Cour peu avant de la décision de cette affaire, a eu une influence très forte dans la rédaction de l'avis.²⁴⁷ Il serait autrement difficile de concilier les principes élaborés par la avec le sens effectif de l'entier avis, qui semble se rapporter à ce que le professeur Cavaglieri avait affirmé quelques années auparavant dans un article paru dans la « *Rivista di diritto internazionale* ». Si normalement – avait-il soutenu – le droit international garantit des droits aux individus par l'entremise d'une activité normative de l'Etat, par ailleurs il y aurait des cas où exceptionnellement les particuliers peuvent bénéficier de droits reconnus par le droit international sans l'entremise du droit interne.²⁴⁸ Si Anzilotti n'avait pas eu la possibilité d'imposer son point de vue, il aurait sûrement exprimé une opinion dissidente, comme il avait déjà fait dans des autres circonstances.²⁴⁹ Il est aisément raisonnable de soutenir qu'il ait contribué à la rédaction des principes généraux exposés par la Cour. L'ambiguïté des passages principaux probablement découle d'un compromis parmi les juges, qui pouvaient aisément confirmer leurs thèses.

⁽²⁴⁷⁾ V. SPIERMANN O., *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: the Rise of the International Judiciary*, op. cit., p. 271.

⁽²⁴⁸⁾ V. CAVAGLIERI A., I soggetti del diritto internazionale. *Rivista di diritto internazionale*, 1925, p. 185; v. aussi CAVAGLIERI A., *Lezioni di Diritto Internazionale*. Napoli: Gennaro Maio, 1925, p. 111-114.

⁽²⁴⁹⁾ Anzilotti était un fervent partisan de la séparation entre ordres juridiques. Lorsque les normes internationales obligent les Etats à les respecter, étant donné le principe 'pacta sunt servanda', l'obéissance aux normes internes est due à la règle qui impose d'obéir au législateur. La relation entre droit international et droit interne entraîne que la validité de la norme d'un ordre ne dépend jamais de la validité de l'autre. C'est alors qui est nécessaire une ultérieure activité législative de l'Etat pour la création des normes par lesquelles il accomplit l'obligation internationale. En plus, l'acte avec lequel un Etat transforme la norme internationale en droit interne crée une norme tout à fait différente de la norme accueillie. V. ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, op. cit., p. 29-38. V. aussi RUDA SANTOLARIA J. J., The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice. *European Journal of International Law*, 1992, vol. 3, p. 100.

D'ailleurs, Anzilotti exposa son opinion sur l'affaire très clairement dans l'édition française de son « Cours de droit international », imprimée juste une année après la publication de l'avis. Dans ce manuel, l'auteur se soucia de souligner que la Cour n'avait pas établi la possibilité qu'un traité, « comme tel », pourrait créer droits et obligations pour les individus « sans besoin que les règles y afférentes soient incorporées dans le droit interne », puisque une différente conclusion aurait méconnu le principe de la « distinction des ordres juridiques ». ²⁵⁰ Pour expliquer la portée de l'avis, Anzilotti soutint que la Cour n'avait appliqué que la règle suivant laquelle un Etat ne pourrait jamais exciper l'inexécution d'un accord pour se soustraire aux obligations lui imposées. En effet, dans la partie finale de l'avis, la Cour affirma, par hypothèse, que la Pologne n'aurait jamais pu s'appuyer « sur la non exécution d'une obligation qui lui a été imposée par un engagement international », c'est-à-dire sur le fait de n'avoir pas incorporé ou donné exécution aux normes conventionnelles en édictant des normes interne concernant le rapports de la Pologne avec le personnel des chemins de fer à son service. ²⁵¹ Dans cette partie apparaît claire la tentative d'Anzilotti de ramener le sens de l'avis dans sa prospective dualiste.

D'autres auteurs interprétèrent l'avis de cette manière. Par exemple, en 1932, dans un cours à l'Académie de droit de la Haye, en se référant à cet avis, on soutint que les individus ne peuvent être bénéficiaires d'un droit découlant d'une norme internationale qu'après la création, par l'Etat, d'une correspondante norme interne en exécution de

⁽²⁵⁰⁾ V. ANZILOTTI D., *Cours de Droit International*. Paris : Librairie de Recueil Sirey, 1929, p. 406-408. Cet aspect a été remarqué par CRAWFORD J., *Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture. Journal of International Dispute Settlement*, 2009, vol. 1, p. 6-7. L'auteur veut prouver que les bornes entre droit international et droit national étaient vagues même dans une période de « classical dualism ».

⁽²⁵¹⁾ Cette partie de l'avis est assortie de deux considérations dubitatives. En premier lieu, la Cour souligna qu'on aurait pu prouver que le *Beamtenabkommen*, « en tant qu'accord entre Dantzig et la Pologne, n'était pas, dans l'intention des Parties, destiné à faire-partie du « contrat de service » ou, autrement, à être appliqué directement par les tribunaux de Dantzig » mais que, au contraire, une telle interprétation avait été exclue par la Cour même. En second lieu, en examinant l'argument de la Pologne sur la non-exécution du traité, la Cour affirma que « si [...] la Pologne soutenait [...], la Court devrait faire observer ». Donc, si la Pologne avait engagé soi-même à adopter des normes internes pour exécuter le traité, alors elle n'aurait pu soulever aucune exception pour n'avoir pas exécuté cette obligation. V. C.P.J.I., *Compétence des Tribunaux de Dantzig, avis consultatif*, p. 26-27.

l'obligation internationale concernée. Selon cette opinion, l'avis de la Cour n'aurait pour objet que la responsabilité internationale de la Pologne pour défaut d'exécution de la Convention.²⁵² A l'inverse, dans un article anonyme apparu dans la 'Rivista di diritto internazionale', dont Anzilotti était à l'époque le directeur, on affirma que la Cour n'avait pas abandonné le principe suivant lequel les conventions ne créent que des rapports juridiques entre les Etats signataires mais, en même temps, qu'une exception à telle règle existerait lorsque les Etats veulent édicter par l'accord des règles visant un rapport juridique entre un Etat et des particuliers.²⁵³

Par ailleurs, la contribution de la doctrine française fut plus riche et approfondie. Deux commentaires, dont les auteurs avaient participé à la procédure devant la Cour, reproduisirent leurs discours. Le commentaire du professeur Gidel, qui avait défendu la Ville Libre de Danzig, similaire de celui italien qu'on vient de mentionner et il ne se soucie pas de cacher un certain enthousiasme pour les conclusions de la Cour.²⁵⁴ L'autre commentaire, écrit par le professeur Le Fur, conseiller du gouvernement polonais, critiqua fortement la Cour, qui s'était occupée d'une « affaire d'apparence minime » : en amoindrissant la portée de l'avis, il s'occupa de montrer les « conséquences inadmissibles » découlant de cette décision. En particulier, le fait que, si les individus pouvaient saisir les juges nationaux pour faire constater la violation des leurs droits, tirés d'une convention internationale, cela aurait affecté la prérogative des Etats de résoudre un différend par « arrangement diplomatique ».²⁵⁵ Un autre auteur remarqua que la Cour,

(²⁵²) V. BECKETT W.-E., Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice International. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1932, vol. 39, tome I, p. 157-158.

(²⁵³) V. Nota su Reclami pecuniarii degli ex-impiegati ferroviari di Danzica passati al servizio della Polonia. *Rivista di diritto internazionale*, 1929, vol. 8, p. 64.

(²⁵⁴) V. GIDEL G., Ville libre de Dantzic et État Polonais. *Revue de droit international*, 1928, vol. 2, p. 734-743.

(²⁵⁵) V. LE FUR L., Le litige sur la compétence des tribunaux dantzikois entre la Pologne et la Ville Libre de Dantzic. *Revue général de droit international public*, 1928, vol. 35, p. 268-275.

en rompant avec ses précédents arrêts, avait préféré une analyse peu minutieuse des arguments des parties.²⁵⁶

C'était Lauterpacht le premier à avoir donné, en 1934, une nouvelle interprétation à l'avis de la Cour Permanente. En effet, il définit le sens de la question « revolutionary », puisque pour la première fois la Cour aurait écarté la « postulated insurmountable barrier » d'après laquelle la norme internationale ne peut jamais s'adresser directement aux individus.²⁵⁷ Cette opinion fut partagée par Berezowski, en affirmant, dans un cours à la Haye, que « l'individu peut être sujet de droit international ».²⁵⁸

Pour comprendre le sens de ces opinions, il faut se référer au débat culturel des années '20 du XX siècle. A cette époque, des profondes critiques contre le système traditionnel du droit international furent élaborées. Alors que d'après la doctrine classique les Etats seraient les seuls sujets de droit international en tant que détenteurs de la souveraineté, des « nouvelles tendances » furent exprimées par des auteurs européens, en particulier moyennant la pensée de Kelsen²⁵⁹ et, avant, de Westlake.²⁶⁰ Ces

(²⁵⁶) V. DE LA GROTTÉ Michel, Les affaires traitées par la Cour permanente de Justice internationale pendant la période 1926-1928. *Revue de droit international et de législation comparée*, 1929, vol. 10, p. 412.

(²⁵⁷) V. LAUTERPACHT H., *The development of international law by the International Court* [being a revised edition of "The development of international law by the Permanent Court of International Justice" (1934)]. London : Stevens & Sons Limited, 1958, p. 173-176.

(²⁵⁸) V. BEREZOWSKI C., Les sujets non souverains du droit international. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1938, vol. 65, tome III, p. 14. La doctrine antérieure traçait deux distinctions : la question de savoir si un individu peut porter plainte, devant les tribunaux de son Etat, à l'encontre d'un autre Etat sur le fondement d'un traité est différente de celle de savoir si un individu peut avoir accès à un juge international à l'encontre de son Etat. Seulement dans cette dernière hypothèse, il s'agirait d'une véritable personnalité internationale de l'individu. Vue l'inexistence d'une « exécution forcée » de l'obligation internationale, l'individu n'aurait pu exercer un droit d'action qu'en portant plainte « contre un Etat et contre un autre individu » seulement devant un juge international. V. KELSEN H., *Théorie générale du droit international public : Problèmes choisis. Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1932, vol. 42, tome IV, p. 164-165. De manière similaire, les individus n'auraient pu faire valoir leurs droits que par un moyen de droit international, puisque ces droits ne pouvaient pas être satisfaits par un seul Etat. V. CAVAGLIERI A., *I soggetti del diritto internazionale, op. cit.*, p. 182.

(²⁵⁹) Pour ce qui concerne les auteurs allemands, il faut mentionner les premières théories concernant les concepts de souveraineté et d'Etat élaborées par Kelsen. Cet auteur considéra la souveraineté comme un simple postulat, dont la fonction serait de permettre la connaissance d'un ordre

auteurs partageaient l'idée que le concept d'Etat n'est qu'une pure fiction juridique.²⁶¹ Par la progressive déstructuration du concept de l'Etat, émergea donc la possibilité des individus de participer à la vie internationale : ce mouvement d'émancipation, défini comme une véritable « nouvelle tendance », une véritable « transformation » du droit international,²⁶² avait premièrement amené des auteurs à critiquer soit la théorie française des droits fondamentaux des Etats soit celle allemande du dogme de la volonté.²⁶³ Une

juridique. V. KELSEN H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* [tit. orig. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre (Mohr, Tübingen 1920), trad. it. de Agostino CARRINO,]. Milano: Giuffé, 1989, p. 21-24. Pendant ses cours tenus à la Haye juste une année avant l'émission de l'avis de Dantzig, Kelsen avait souligné la nécessité « d'éliminer » l'idée d'Etat comme entité différente de celle de droit. V. KELSEN H., Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1926, vol. 14, tome IV, p. 231.

(²⁶⁰) Westlake exprima clairement l'idée que l'Etat est une entité fictive. En s'appuyant au concept « ubi societas ibi jus », il affirma que la société réglée par le droit international est aussi une société entre hommes : « the duties and rights of states are only the duties and rights of the men who compose them ». V. WESTLAKE J., *Chapters on the principles of international law*, Cambridge : Cambridge: University Press, 1894, p. 2-3, 78. Westlake fut un des fondateurs de la première revue de droit international (la « Revue de droit international et del législation comparée »), ami de Rolin-Jaequemyns et Asser, les pères de l'Institut de Droit International. V. KOSKENNIEMI M., *The Gentle Civiliser of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870 – 1960*. Cambridge : Cambridge: University Press, 2003, p. 12-18.

(²⁶¹) La liaison entre la pensée de Politis et celle de Kelsen, Verdross et Westlake a été découverte par KOSKENNIEMI M., *The Gentle Civiliser of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870 – 1960*, op. cit., p. 306.

(²⁶²) Parmi la doctrine citée par la Pologne et Dantzig à l'appui de leurs arguments devant la Cour Permanente, il y a un acteur qui éveille un certain intérêt. Lorsqu'on aborde la question de la personnalité internationale de l'individu, le gouvernement de Dantzig se réfère à un ouvrage de Politis, dans laquelle il affirmait la possibilité, pour des individus, d'être directement visés par les normes internationales. En outre, cet auteur connaissait bien l'article de Cavaglieri, paru quelques années auparavant dans la « Rivista di diritto internazionale », en le mentionnant comme un de partisans de la possibilité des individus d'être directement destinataires d'une norme internationale. V. POLITIS N., *Les nouvelles tendances du droit international*, op. cit., p. 55-93.

(²⁶³) Duguit critiqua les théories françaises et allemandes du droit international développées entre la fin du XIX^{ème} siècle et le début du XX^{ème} siècle dans un ouvrage paru en 1927. En démontrant le caractère contradictoire de ces deux théories, cet auteur soutint que « les sujets de droit international sont, non pas les États, mais les individus membres des États », le droit international étant fondé sur la « solidarité » qui réunit les individus de toute nation. V. DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, La règle de droit, Le problème de l'État*. Paris: E. De Boccard, 1927, tome

nouvelle revue de droit international fut fondée en 1927, pour exprimer la crise de la « notion de souveraineté absolue, de l'idée que le droit international est le droit exclusif des Etats ». ²⁶⁴ Une autre justification se trouve dans le fait que le progrès de la civilisation avait dévoilé la capacité du droit international d'envisager « directement » des droits individuels, lorsque précédemment les individus étaient considérés par le droit international moyennant l'ordre juridique d'appartenance et, donc, « indirectement ». ²⁶⁵

Kelsen se servit aussi de l'avis de la Cour pour soutenir sa thèse moniste des rapports entre ordres juridiques. D'après cet auteur, l'avis de la Cour avait exprimé le principe suivant lequel aucun acte étatique de « transformation » de la norme internationale ne serait nécessaire pour qu'elle déploie des effets à l'égard des individus. Alors que, du point de vue du droit interne, l'Etat serait tenu de reproduire le contenu d'une règle de droit internationale dans une norme interne, les organes de l'Etat ne pouvant qu'appliquer le droit interne, au contraire le droit international n'impose point une telle exigence. ²⁶⁶ Cette interprétation de l'avis de la Cour monte la possibilité d'une liaison étroite entre droit international et individus, qui en pourraient bénéficier malgré le défaut de n'importe quelle autre activité étatique hors de la ratification d'un traité.

I, p. 713-733. Pour une autre critique aux « anciennes conceptions » du droit international, étant donné que « l'État lui-même n'est qu'une pure fiction », v. SPIROPULOS J., Le fondement du Droit International. *Revue de droit international*, 1929, vol. 3, p. 98-130. Quelques années après, sous les coups de « des Kelsen, des Lapradelle, des Les Fur, des Politis, des Verdross », on observa que le dogme de la souveraineté absolue était désormais moribond et que la science juridique accélérât vers la « reconnaissance à l'individu, du moins sous certains rapports, de la qualité de sujet du droit international ». V. MANDELSTAM A., La généralisation de la protection internationale des droits de l'homme. *Revue de droit international et de législation comparée*, 1930, vol. 11, p. 668-704.

(²⁶⁴) V. DE LAPRADELLE A. ; POLITIS N., De quelques raisons qui justifient l'existence d'une nouvelle Revue de Droit International. *Revue de droit international*, 1927, vol. 1, p. 5.

(²⁶⁵) V. POLITIS N., Les transformations du droit international. *Revue de droit international*, 1927, vol. 1, p. 55-65.

(²⁶⁶) V. KELSEN H., *Principles of International Law*, op. cit., p. 290-294. Lauterpacht partagea cette opinion : dans la mesure où certains ordres juridiques envisagent le droit international comme « part of the law of the land », ainsi pouvant être directement appliqué par les tribunaux, il en résulte qu'en ces cas les individus peuvent être bénéficiaires de telles normes et sujets de droit international. V. LAUTERPACHT H., *International Law and Human Rights*, op. cit., p. 11.

Section 3. Conclusion

Bien qu'elle ait soutenu que l'objet du *Beamtenabkommen* imposait aux parties d'édicter des normes internes pour conférer des droits aux individus, la Cour a néanmoins relevé que cet accord engageait directement la Pologne à l'égard des fonctionnaires dantzikois passés à son service et que, en conséquence, ils avaient le droit de se plaindre contre la Pologne du non respect de la convention, bien qu'elle n'eût pas édicté aucune mesure d'exécution. En effet, lors de la discussion devant la Cour Permanente, Gidel souligna que :

« la question de savoir s'il y a incorporation ou non est indifférente au débat actuel. C'est un principe universellement reconnu que les dispositions des lois internes ou leurs lacunes ne peuvent pas être invoquées par un Etat pour se soustraire à l'accomplissement d'obligations internationales, ou pour se dérober à la responsabilité dérivant du non-accomplissement de ces obligations ». ²⁶⁷

Cela montre que l'incorporation et les mesures d'exécution ne sont pas nécessaires pour remplir l'obligation internationale, tout en demeurant des simples comportements-moyens qui *permettraient* de parvenir au résultat requis. Ils sont – come le résultat même de l'obligation international – de simples faits ou événements à l'égard du droit international, bien que d'après la conception dualiste du droit international il soient nécessaires pour conférer des droits aux individus.

En deuxième lieu, on remarque que la Cour n'a rien dit par rapport au degré de précision de la norme internationale. En effet, dans son mémoire, la Pologne soutint que, même si le traité avait conféré des droits aux individus sans la nécessité d'un acte d'exécution, toutefois aucun effet n'aurait pu se déployer, étant donné le caractère trop imprécis des normes, qui n'étaient pas « comme des lois ou des règlements que les autorités auraient à manier » : cela prouverait « que nous avons devant un acte de droit international ». ²⁶⁸ Bien que la Pologne eût invoqué explicitement ce grief, la Cour ne

⁽²⁶⁷⁾ V. Discours prononcé par M. le Professeur Gidel (représentant de la Ville libre de Dantzig), *Série C, n. ° 14-I*, cit., p. 44-45.

⁽²⁶⁸⁾ V. Mémoire du gouvernement polonais, *Série C, n. ° 14-I*, p. 362. Pareillement, M. Limburg, aux plaidoyers à la Cour, précisa que les tribunaux auraient pu appliquer directement le traité s'ils avaient été « rédigées de manière telle que l'on puisse emprunter des droits individuels

l'examina d'aucune façon, en se bornant à apprécier l'existence d'une véritable volonté des Etats à s'obliger de régler des rapports individuels. Le silence gardé sur ce point démontre que la Cour n'a pas considéré la clarté des normes une question essentielle pour en établir l'application directe.

directement à ces textes mêmes ». V. Discours prononcé par M. Limburg, *Série C, n. ° 14-I*, p. 53-54.

Chapitre 3 – Les droits individuels et la structure de l’obligation internationale.

Le problème qui se pose le plus fréquemment par rapport à l’exécution des conventions visant des droits individuels concerne l’applicabilité au procès des droits y affirmés. L’applicabilité « directe » d’une norme internationale ou, autrement dit, le fait qu’un individu se plaint de la méconnaissance d’une norme internationale devant un juge, c’est un concept qui se brouille avec la question de son caractère « self-executing ». Cela implicitement demande que le requérant allègue que la norme internationale, invoquée en l’espèce, lui confère un bénéfice qui n’a pas été reconnu par les autorités nationales. Son grief se fonde sur le fait que l’événement, prohibé ou imposé par la règle internationale, s’est ou moins réalisé à son profit à cause d’un comportement étatique. En partant de l’idée que les règles énoncées dans les conventions qui protègent les droits de l’homme soient toujours self-executing – c’est-à-dire que les événements qu’elles imposent à l’Etat de réaliser ou de s’en abstenir soient toujours à bénéfice d’un individu – on examinera d’abord quel degré de précision est employé par les organes internationaux chargés de contrôler le respect de ces conventions (section I). Ensuite, on abordera la question de savoir dans quelle mesure une certaine formulation de la règle internationale, la circonstance qu’elle ne soit immédiatement contraignante du point de vue du droit internationale, pourrait amener à exclure qu’elle s’adresse aux individus, bien qu’elle apparemment protège les droits des justiciables (section II).²⁶⁹

⁽²⁶⁹⁾ Comme des auteurs ont remarqué, le fait qu’aucune norme existe signifie que l’Etat n’a pas pris aucun engagement : les normes internationales qui n’impose aucun devoir à l’Etat, mais une simple faculté, ne sont jamais ‘self-executing’. V. CONFORTI B., *National Courts and the International Law of Human Rights. Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* / ed. par Benedetto CONFORTI, Francesco FRANCIONI. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 8-11

Section 1. L'incorporation et les mesures d'exécution

Si des obligations internationales engagent l'Etat à reconnaître effectivement aux individus des droits, en leur imposant de s'abstenir ou de réaliser des événements à leurs profit, alors tous les comportements des organes internes devront être orientés vers la réalisation ou l'entrave de ce résultat. De cela découle que les organes de l'Etat doivent tenir des comportements-moyens qui permettent de remplir l'obligation internationale, en se fondant sur des normes internes qui leur permettent d'agir.

Une prémisses de l'applicabilité judiciaire d'une obligation internationale est la nature « juridique » de la norme du point de vue du droit interne. Les droits énoncés par la norme internationale doivent avoir la même valeur contraignante que les droits conférés par les normes internes. La « juridicité » permet d'engager les organes internes à tenir des comportements aptes à réaliser l'effet utile de l'obligation internationale : il s'agit donc d'un concept substantiel, qui permet, en dernier ressort, l'attribution *abstraite* d'un droit à un individu, ainsi faisant naître un intérêt à son respect. A ce résultat mènent d'abord les procédures d'insertion et d'exécution du droit international en droit interne. Du point de vue de la formulation des obligations internationales, la question peut être abordée en passant en revue les règles qui, contenues dans diverses conventions sur les droits de l'homme, se réfèrent à l'exercice du pouvoir législatif. La fonction de ces règles est de fixer des comportements moyennant lesquels il serait possible d'atteindre, d'après un haut degré de probabilité, le résultat requis par l'obligation qui confère un droit.

Par exemple, il y a des traités qui contiennent deux types de normes, une plus générale, par laquelle l'Etat s'engage à respecter et à garantir les droits, et une autre qui prévoit l'obligation d'adopter des mesures spécifiques dans l'ordre juridique interne. Par exemple, l'article 2, alinéas 1 et 2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* affirme que :

« 1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune [...] ;

2. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur. »

De manière similaire, l'article 1 alinéa 1 de la *Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme* (« obligation de respecter les droits ») prévoit que :

« les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence »

tandis que l'art. 2 (« obligation d'adopter des mesures de droit interne ») que :

« si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les Etats parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet aux dits droits et libertés ».

Les articles 2 alinéa 1 et 4 alinéa 1 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* affirment, respectivement, 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 [...] ;

les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale ».

Les articles 7 et 84 de la *Convention sur la protection des tous les travailleurs migrants et de leur famille* prévoient que :

« les Etats parties s'engagent, conformément aux dispositions des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, à respecter et à garantir à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille se trouvant sur leur territoire et relevant de leur juridiction les droits reconnus dans la présente Convention sans distinction aucune [...] ;

chaque Etat partie s'engage à prendre toutes les mesures législatives et autres nécessaires à l'application des dispositions de la présente Convention ».

A l'inverse, il y a des conventions, notamment la *Convention EDH*, qui ne contiennent pas une obligation d'édicter des mesures juridiques internes, en affirmant simplement que (article 1) :

« les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

Enfin, des conventions n'expriment pas la clause générale « respecter-garantir », tout en engageant les Etats signataires à adopter des mesures internes spécifiques. Par exemple, l'article 2 alinéa 1 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* affirme que :

« chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives »²⁷⁰

D'une manière analogue, l'article 24 de la *Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes* engage les Etats à :

« adopter toutes les mesures nécessaires au niveau national pour assurer le plein exercice des droits reconnus par la présente Convention ».

L'article 2 alinéas 1 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* les Etats à prendre :

« des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction ».

D'après l'article 2 de la *Convention sur l'abolition du travail forcé* (1957) :

« tout Membre de l'Organisation internationale du Travail qui ratifie la présente Convention s'engage à prendre des mesures efficaces en vue de l'abolition immédiate et complète du travail forcé ou obligatoire tel qu'il est décrit à l'article 1 de la présente Convention ».

⁽²⁷⁰⁾ International Covenant on Economic, Social and Cultural rights, United Nations Treaty Series, vol. 993, p. 3.

Ces normes peuvent se prêter à un double lecture, une fois rapportées aux mécanismes de droit interne. Elles expriment à la fois une simple obligation d'exécution *stricto sensu*, c'est à dire un simple devoir de conférer aux droits conventionnels la « juridicité » nécessaire pour que les organes de l'Etat soient obligés de les reconnaître, en faisant de la convention une source de droit interne. Cet aspect évidemment coïncide avec la notion d'incorporation. D'autre part, ces normes peuvent aussi exprimer une obligation d'exécution au sens large, en imposant aux Etats de mettre en œuvre une activité juridique supplémentaire à celle qui leur confère simplement la juridicité. En particulier, cette dernière fonction peut être aperçue dans les opinions des auteurs appartenant à pays monistes. En ce sens, on parlerait de véritables normes d'exécution. En effet, les mesures d'introduction d'un traité étant distinguées de celle d'exécution, des auteurs ont affirmé qu'il n'y a pas la nécessité d'une véritable introduction dans l'ordre interne lors de l'existence d'une clause d'adaptation « automatique », typique des pays monistes. Dans ce cas, on a donc une applicabilité immédiate du traité, puisque la « juridicité » de la norme internationale est « automatique » pour les organes de l'Etat aussitôt qu'elle ait été régulièrement introduite dans l'ordre interne. Par conséquent, la norme immédiatement applicable serait celle qui n'a pas besoin d'être soumise à des procédures d'introduction, desquelles dépend son caractère obligatoire. En revanche, ces procédures d'adaptation, typiques des pays dualistes, sont celles de la transformation (correspondant, *grosso modo*, au processus normal d'adaptation) et de l'incorporation (l'équivalent de la procédure d'adaptation spéciale ou par renvoi).²⁷¹

Quoi qu'il en soit, du point de vue de l'acquiescement de l'obligation internationale « substantielle », ces normes acquièrent un caractère très formel. En effet, elles sont devenues des obligations autonomes à la suite d'un processus de consolidation, dans la mesure où elles spécifient des comportements, dans la majorité des cas de nature normative, qui permettent aux organes de l'Etat de remplir l'obligation internationale avec un haut degré de probabilité. Généralement, ces normes ne peuvent pas être invoquées isolément par rapport aux obligations substantielles, puisqu'elles n'indiquent qu'un comportement partiel (-moyen) apte à respecter les droits garantis par les autres obligations internationales. Or, parfois les organes internationaux constatent la violation

(²⁷¹) V. VERHOEVEN J., La notion d'applicabilité directe du droit international, *op. cit.*, 247-252.

d'une obligation internationale, qui confère un droit et donc prescrit un événement matériel à réaliser ou éviter, du fait de l'existence d'une loi ou d'une certaine interprétation de cette loi retenue par les autorités nationales. La prémisse est que les organes de l'Etat ont tenu un certain comportement concret (« l'apparent » fait générateur de la responsabilité, la mesure interne qui restreint un droit) en vertu d'une règle interne ou d'une certaine interprétation de celle-ci (« le véritable » fait générateur de la responsabilité). Les organes chargés de contrôler le respect des conventions sur les droits de l'homme se penchent souvent sur l'appréciation de ces faits « normatifs » puisqu'ils remontent, en étendant leur marge d'appréciation, à la cause ultime du comportement générateur de la responsabilité, ainsi parfois en étendent la portée de l'obligation substantielle. Comme on a déjà vu par rapports à des autres domaines du droit international, l'obligation internationale, qui impose de réaliser ou de s'abstenir d'un événement normatif, est fortement liée au concept de « prévention », dans la mesure où, à la suite d'un processus de consolidation, on a réussi à codifier un comportement normatif qui, si tenu ou évité, pourrait éviter ou réaliser un événement « matériel » avec un haut degré de probabilité. En abordant la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, relativement aux communications individuelles concernant le PIDCP (§1) et celle de la Cour EDH, par rapport à certains droits (§2), on verra les raisons par lesquelles parfois ces organes se penchent sur l'examen direct de la compatibilité des lois internes aux conventions respectives, identifiant ainsi le fondement légal du comportement de l'organe qui a violé la règle internationale.

§1 – Le contrôle de la loi dans les communications du Comité des droits de l'homme.

Récemment, dans une affaire où l'auteur de la communication avait porté plainte contre son Etat du fait que la loi interne rattache la peine de mort à la commission des certains délits de manière automatique, sans permettre aux juges d'examiner les conditions personnelles du prévenu, il y a eu des divergences d'opinions au sein du Comité, qui n'avait rien dit par rapport à la conventionalité de cette loi. Dans son opinion partiellement dissidente, un membre du Comité a fait noter que

« affirmer que dans le cadre d'une communication émanant d'un particulier il n'est pas possible de constater une violation de l'article 2 du Pacte représente une restriction inacceptable »

puisque c'était la loi, « indépendamment de son application » à porter atteinte « au paragraphe 2 de l'article 2 du Pacte ». Cela s'avère du fait que le

« Sri Lanka n'a pas pris les mesures d'ordre législatif internes qui seraient propres à donner effet au droit consacré à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ». ²⁷²

Or, dès le début de ses travaux, le Comité a toujours déclaré irrecevables les plaintes individuelles fondées uniquement sur le respect de l'article 2 paragraphe 1 et 2 du PIDCP, en précisant que

« les engagements dont il s'agit dans ces dispositions sont des engagements généraux pris par les Etats qui ne peuvent être invoqués isolément par des individus au titre du Protocole facultatif. » ²⁷³

Cette considération a été bien soulignée par l'observation générale n. 31, d'après laquelle « l'article 2 exige que la législation et la pratique nationales soient alignées sur les normes imposées au regard des droits garantis par le Pacte ». Toutefois, cette règle

⁽²⁷²⁾ V. Rapport du Comité des droit de l'homme, Opinion individuelle partiellement dissidente de M. Fabián Omar Salvioli relativement à la Communication no 1406/2005 : *Weerawansa c. Sri Lanka* (17 mars 2009), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (64ème session), Supplément n. 40 (A/64/40), Vol. II, p. 190-191. V. note 351. De manière similaire, cette approche « forte » au Pacte a été rappelé, en soutenant que « le pouvoir judiciaire a l'obligation de procéder à un contrôle de compatibilité et de n'appliquer aucune disposition interne qui soit incompatible avec le Pacte. Cela est indispensable non seulement pour remplir les obligations en matière de droits de l'homme mais aussi pour éviter que la responsabilité de l'État ne soit engagée au plan international ». V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Opinion individuelle (concordante) de M. Fabián Salvioli, rejoint par M. Cornelis Flinterman relativement à la 'Communication no 1781/2008 : *Berzig c. Algérie* (31 octobre 2011)', *Documents officiels de l'Assemblée générale* (67ème session), Supplément n. 40 (A/67/40), Vol. II, p. 107-110.

⁽²⁷³⁾ V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no. 268/1987 : *M. G. B. et S. P. c. Trinité-et-Tobago* (3 novembre 1989), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (45ème session), Supplément n. 40 (A/45/40) Vol. II, p. 178, point 6.2. Dans le même rapport, v. Communication no. 275/1988 : *S. E. c Argentine* (26 mars 1990), p. 181, point 5.1 et suiv. V. aussi Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 347/1988 : *S. G. c. France*, *Documents officiels de l'Assemblée générale* (47ème session), Supplément n. 40 (A/47/40), p. 345, point 5.4 ; dans le même rapport, Communication no. 363/1989 : *R. L. M. c. France*, p. 368, point 5.5.

« n'exige pas que le Pacte puisse être directement applicable par les tribunaux, par voie d'incorporation dans le droit interne ». On voit bien que, par rapport à l'acquittement de l'obligation, le fait de traduire en loi – de tenir un comportement normatif – ne représente qu'un moyen apte « à faciliter la pleine réalisation des droits reconnus ».²⁷⁴

Bien que le Comité n'ait jamais invoqué l'article 2 paragraphe 2 du Pacte pour apprécier la contrariété d'une loi interne à une obligation internationale, parfois il est cependant parvenu à ce résultat par l'enjeu du droit à un recours utile ou par l'extension de l'objet de l'obligation substantielle violée. Par exemple, en se référant aux articles 17 et 26 de la convention, lus en combinaison avec l'article 2 paragraphe 1, le Comité a constaté qu'une loi permettant la poursuite des comportements homosexuels constituait « une immixtion illégale ou arbitraire dans sa vie privée [du requérant, n.d.r.] » et que, par la suite, « l'abrogation des articles 122 a) et c) et 123 du Code pénal de Tasmanie constituerait une réparation effective » pour la victime.²⁷⁵ En l'espèce, cette loi n'était appliquée depuis longtemps. Comme on voit, d'après une lecture « forte » du droit international, un événement purement normatif (l'existence d'une règle interne) peut enfreindre l'obligation de respecter la vie privée d'une personne (article 17) et de ne pas la discriminer (article 26). Il en ressort qu'un comportement-moyen et partiel (la loi) peut parfois devenir l'événement juridique (le fait) prohibée par l'obligation internationale. La raison de cette extension de l'objet de l'obligation réside dans le caractère préventif, puisque le

« fait que le Procureur général ait pour pratique de ne pas engager de poursuites pénales dans le cas de comportements homosexuels privés ne permet pas d'avoir l'assurance que de telles actions ne seront pas engagées contre des homosexuels à l'avenir ».²⁷⁶

⁽²⁷⁴⁾ V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Observation générale no 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, *Documents officiels de l'Assemblée générale* (59^{ème} session), Supplément no 40 (A/59/40), vol. I, p. 194.

⁽²⁷⁵⁾ V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 488/1992 : *Nicholas Toonen c. Australie* (31 mars 1994), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (49^{ème} session), Supplément n. 40 (A/49/40) Vol. II, p. 250 et suiv.

⁽²⁷⁶⁾ V. Communication No 488/1992 : *Nicholas Toonen c. Australie* (31 mars 1994), op. cit., p. 250-251.

D'après le Comité, il y aurait un risque continu d'atteinte aux droits conférés par le Pacte, si l'Australie n'abrogeait pas cette loi. Encore, dans une autre affaire similaire, le Comité a souligné le devoir de l'Etat « d'abroger les dispositions législatives autorisant les châtiments corporels », étant donné « qu'il ne suffit pas qu'une peine soit autorisée en droit interne » pour qu'elle soit justifiée à l'égard du Pacte.²⁷⁷ Même dans une autre récente communication, le Comité a jugé que la loi interne, en imposant toujours l'obligation d'être représenté par un avocat au cours d'une poursuite pénale, viole elle-même l'article 14 paragraphe 3 d) de la convention, dans la mesure où elle ne permet pas au prévenu de se défendre sans un avocat, en obligeant ainsi le juge d'en lui commettre un d'office. En conséquence, il a recommandé l'Etat de modifier la loi pour réparer au préjudice subi.²⁷⁸ Comme on voit, si une loi interne prohibe un certain événement (les comportements homosexuels ou le droit de se défendre sans être représenté par un avocat), le Comité parvient à en constater directement la non conventionalité : en ces cas, en effet, la loi imposait des interdictions, donc de tenir des comportements matériels (avoir des relations homosexuelles, se défendre eux-mêmes au cours d'un procès) alors que la convention permet de tenir ces comportements. Au sujet de la liberté d'expression (article 19), l'approche du Comité est souvent « forte ». Parfois, il a apprécié la compatibilité d'une loi qui restreint cette liberté par rapport au Pacte,²⁷⁹ parfois il a contrôlé comme une telle loi avait été appliquée en l'espèce. Dans ce dernier cas, souvent l'examen est conduit sur le fait de savoir si une répression pénale de telle liberté est justifiée à l'égard des exceptions énoncées dans le paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte (le respect des droits ou de la réputation d'autrui ou à la sauvegarde de la sécurité

(²⁷⁷) V. Comité des droits de l'homme, Communication No 759/1997 : *Osbourne c. Jamaïque* (15 mars 2000), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (55ème session), Supplément n. 40 (A/55/40), Vol. II, p. 147 et suiv., point 10 et suiv. V. aussi Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 793/1998, *Pryce c. Jamaïque* (15 mars 2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (59ème session), Supplément n. 40 (A/59/40), Vol. II, p. 15 point 8.

(²⁷⁸) V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1123/2002, *Correia de Matos c. Portugal* (28 mars 2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 40 (A/61/40), Vol. II, p. 185 point 8.

(²⁷⁹) Par exemple, le Comité a identifié la source de la violation avec la formulation d'une certaine règle interne : notamment, l'article 7 de la loi sur la sécurité nationale coréenne. V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1119/2002 : *Lee c. République de Corée* (20 juillet 2005), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (60ème session), Supplément n. 40 (A/60/40), Vol. II, p. 188 note 9.

nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques). Il faut noter que cette règle impose que les limitations soient fixées par une loi, qui est le seul moyen pour restreindre cette liberté. Dans le deux cas, il a ordonné une réparation très radicale : le changement de la loi limitative de la liberté d'expression ou le devoir d'annuler la déclaration de culpabilité, issue de la poursuite pénale contre l'auteur.²⁸⁰ En outre, lorsque l'auteur a été condamné au paiement d'une amende en violation de l'article 19 du Pacte, le Comité a imposé à l'Etat son remboursement.²⁸¹ On voit bien que le procédé logique est tout à fait similaire à celui emprunté par la Cour Internationale de Justice à l'occasion de l'affaire *Mandat d'arrêt* : la règle internationale devient une norme de référence par rapport à une mesure prise conformément à la loi interne. A son tour, la constatation de la non conventionalité de cette mesure implique qu'elle soit annulée : ce résultat demande cependant un examen indirect de la façon dont la loi interne a été interprétée par les autorités nationales par rapport aux règles du Pacte. La loi interne est donc non conforme à la convention dans la mesure où elle existe, ou elle est interprétée dans une certaine manière. Cela permet au Comité d'imposer à l'Etat son annulation.

§2 – Le contrôle de la loi dans la jurisprudence de la Cour EDH.

La Cour EDH se livre parfois sur l'appréciation de la contrariété d'une règle interne à certaines règles de la Convention européenne. Bien que la loi soit *un* moyen pour s'acquitter de l'obligation internationale, l'appréciation de la Cour parfois se pousse jusqu'au point d'établir quelle norme interne a permis l'adoption de la mesure concrète

⁽²⁸⁰⁾ V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1157/2003, *Coleman c. Australie* (17 juillet 2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 40 (A/61/40), Vol. II, p. 255 point 9. Dans le même rapport et pour la même conclusion, Communication no 1180/2003, *Bodrožić c. Serbie-et-Monténégro* (31 octobre 2005), p. 296 point 9. Pareillement, en appréciant une violation de la liberté d'expression, le Comité a invité l'Etat à titre de recours utile à « annuler une condamnation » prise à l'encontre d'un artiste, qui avait peint un tableau censé de « menacer la sécurité et le pays ou l'ordre libre et démocratique » de la Corée. V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 926/2000, *Shin c. République de Corée* (16 mars 2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (59ème session), Supplément n. 40 (A/59/40), Vol. II, p. 128 et 132 points, 2.2 et 9.

⁽²⁸¹⁾ V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1772/2008 : *Belyazeka c. Bélarus* (23 mars 2012), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (67ème session), Supplément n. 40 (A/67/40), Vol. II, p. 90 point 13.

(le comportement) qui a limité un droit reconnu par la Convention EDH. Cela est dû notamment à la conformation des règles internationales sur la protection des droits de l'homme : sauf que dans les cas d'un droit « absolu », elles imposent à l'Etat, lorsqu'il le souhaite, de parvenir à un certain résultat (la restriction), à condition qu'il soit conforme aux prescriptions internationales (v. introduction, en page 30). En ce sens, il serait une sorte d'obligation « négative » particulière : les Etats doivent s'abstenir d'adopter une restriction, à moins qu'elle ne soit conforme aux canons conventionnels. Or, dans la mesure où la règle internationale prohibe un comportement ayant certaines caractéristiques, il faut supposer que les organes de l'Etat tiennent ces comportements sur le fondement d'une règle interne ou d'une certaine interprétation de la règle interne qui a conféré un pouvoir. En conséquence, en appréciant la conformité à la Convention de ces règles internes, la Cour EDH contribue à la consolidation d'une nouvelle norme : si l'organe X tient un comportement (la restriction) en se fondant sur une certaine interprétation de la règle Y, alors une violation de la Convention se concrétise. Or, le degré de précision de la source de la violation est bien évidemment une question de politique judiciaire : cela implique que parfois la Cour relève qu'une norme interne en soi est non conventionnelle. On abordera ce sujet par rapport à certaines questions tranchées à l'égard de l'article 8 (a) e de l'article 10 (b) de la Convention EDH.

a) L'article 8.

Un outil qui a permis à la Cour d'étendre son contrôle directement à loi est une interprétation très large du droit garanti par l'obligation internationale. Par exemple, l'article 8 permet aux pouvoirs public de s'ingérer dans la vie privée des personnes si autorisés par une loi qui ait pour but de sauvegarder des autres valeurs (par exemple, la protection de la morale). Parfois, la Cour a contrôlé la conventionalité de telles dérogations prévues par les lois nationales, qui punissaient des conduites, bien qu'en l'espèce elles n'eussent pas été appliquées : d'autre côté, elle a étendu la portée du droit au respect de la vie privé consacré dans l'article 8. Cette démarche se fonde sur le caractère préventif de sa mission judiciaire. Par exemple, dans des affaires très célèbres concernant la répression pénale des comportements homosexuels, la Cour a interprété d'une manière très audacieuse l'objet de l'article 8. D'abord, en s'alignant au constat de la Commission des droits de l'homme, elle a estimé une violation de la vie privée du requérant relativement à « la crainte » et à « l'angoisse » dans lesquelles il « aurait vécu

d'une manière générale depuis l'âge de 17 ans » à cause du maintien en vigueur d'une loi punissant l'homosexualité, bien qu'elle n'avait pas été appliquée en l'espèce.²⁸² En effet, il faut noter que dans cette affaire le requérant n'avait pas été condamné sur le fondement de la loi interdisant les comportements homosexuels, mais seulement soumis à un interrogatoire concernant sa vie sexuelle à la suite d'une arrestation pour détention des stupéfiants. L'ingérence était donc de nature purement psychologique. Juste après, la Cour s'est songé de préciser que

« par son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle) au sens de l'article 8 par. 1 ». ²⁸³

Seulement moyennant une interprétation très étendue du droit au respect de la vie privée, donc de l'objet de l'obligation, jusqu'à y inclure des événements de nature psychologique, la Cour a pu établir que la simple existence de la loi entraînait des conséquences sur les sentiments d'une personne, bien que le but de cette loi fût de sanctionner une certaine conduite au pénal. En effet, si le droit à la vie privée se bornait à interdire la réalisation d'un événement (l'ingérence) « matériel », seulement l'effectif déroulement d'un procès et l'application concrète d'une peine, d'un point de vue logique, seraient les événements capables de constituer une ingérence dans la vie privée du requérant.²⁸⁴ Au contraire, l'événement « psychologique », que l'article 8 impose à l'Etat d'éviter d'après la Cour, a été logiquement apprécié avant d'examiner la conformité de la loi prévoyant la répression de l'homosexualité aux dérogations énoncées dans le paragraphe 2 de l'article 8. La nature préventive de la jurisprudence de la Cour par rapport à une possible violation (effective) de l'article 8 a été soulignée dans une affaire successive portant la même question et tranchée de la même manière. Cette approche « forte » à la Convention a permis à la Cour de justifier son arrêt en affirmant que :

⁽²⁸²⁾ *V. Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 40, 71, série A no 45.

⁽²⁸³⁾ *V. Dudgeon c. Royaume-Uni*, précité, § 41.

⁽²⁸⁴⁾ En effet, dans son opinion partiellement dissidente, le juge Walsh avait souligné qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'une « action en justice de portée générale », le requérant « n'ayant pas fait lui-même l'objet de poursuites, il demande en substance à la Cour de censurer deux dispositions législatives d'un État membre ». *V. Dudgeon c. Royaume-Uni*, 'pinion partiellement dissidente de M. Walsh, précité, § 5.

« une loi non abrogée peut s’y appliquer à nouveau à tout moment, par exemple à l’occasion d’un changement de politique. On peut donc dire que le requérant "risque de subir directement les effets" de la législation attaquée ». ²⁸⁵

Même dans ce litige, les juges ayant manifesté leurs opinions dissidentes ont remarqué la lecture purement « psychologique » de l’article 8 de la Convention et le risque d’une « interprétation trop large du terme victime », qui pourrait amener la Cour

« à se prononcer sur la compatibilité de législations nationales avec la Convention indépendamment de l’application effective de ces législations aux requérants, qui n’en seraient que de très potentielles et éventuelles victime ». ²⁸⁶

Comme il est très facile à démontrer, dans la seule affaire où effectivement le requérant avait été condamné pour avoir entretenu des rapports homosexuels, la Cour a jugé que loi anglaise et « *a fortiori* les raisons avancées à l’appui des poursuites et de la condamnation qui ont eu lieu en l’espèce, ne suffisent à justifier ni la législation ni les poursuites ». ²⁸⁷ Dans la mesure où le fondement des poursuites pénales, contraires à l’article 8 de la Convention, est une loi, en conséquent la loi sera la cause de la violation de l’article 8.

⁽²⁸⁵⁾ *V. Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, § 33, série A no 142. La Cour a ainsi répondu au grief de l’Irlande, qui avait contesté la qualité de victime du réquerant. D’après le gouvernement, « la législation incriminée n’ayant jamais été appliquée à l’encontre du requérant [...], la plainte de celui-ci s’analyserait plutôt en une *actio popularis* destinée à provoquer un examen in abstracto de la législation en cause à la lumière de la Convention ». *V. ibidem*, § 28. Dans une affaire similaire, on voit encore le caractère préventif du fait de constater la simple existence d’une loi par rapport à la violation de l’article 8. Bien que « depuis l’arrêt *Dudgeon* l’Attorney-General, [...] a[it] pour politique constante de ne pas en tenter pour des actes homosexuels accomplis en privé, partant de l’idée que la loi pertinente est lettre morte », toutefois aux yeux de la Cour « cette pratique ne garantit pourtant point, bien entendu, qu’un futur Attorney-General ne décidera pas d’appliquer la loi ». En conséquent, « on ne saurait exclure, en l’état actuel des choses, que le requérant fasse l’objet d’investigations policières relatives à son comportement privé, ni que des particuliers cherchent à engager contre lui des poursuites personnelles ». *V. Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, § 23, série A no 259.

⁽²⁸⁶⁾ « La seule crainte que l’intéressé pourrait avoir éprouvée d’être poursuivi et les troubles psychiques qui en auraient découlé sont insuffisants pour en faire une victime ». *V. Norris c. Irlande*, cité, Opinion dissidente de M. le juge Valticos, approuvée par MM. les juges Gölcüklü, Matscher, Walsh, Bernhardt et Carrillo Salcedo.

⁽²⁸⁷⁾ *V. A.D.T. c. Royaume-Uni*, no 35765/97, § 38, CEDH 2000-IX.

On voit donc comment la Cour a remonté, à titre préventif, à la source du fait générateur de la violation conventionnelle.

b) L'article 10

L'événement que l'article 10 de la Convention EDH impose de poursuivre – la jouissance de la liberté d'expression – exprime une obligation complexe, puisque il y a violation de ce droit seulement si les conditions du paragraphe 2 sont violées. En effet, de l'analyse des arrêts pertinents, préalablement la Cour qualifie de manière provisoire la mesure litigieuse comme « ingérence » à cette liberté ; ensuite, elle constate une violation de la convention après avoir confronté cette mesure à l'égard du paragraphe 2 de l'article 10.²⁸⁸ Cela permet de confirmer ce qu'on a déjà exposé dans l'introduction, c'est-à-dire que les obligations internationales sur la sauvegarde des droits de l'homme, à moins qu'elles ne protègent un droit « absolu », visent la réalisation d'un événement, en dernier ressort, « normatif » qui limite ce droit : en conséquence, il revient au juge de préciser les comportements-moyens étatiques qui ont entravé la jouissance de la liberté.

Parmi les critères de définition d'ingérence, la proportionnalité revêt un caractère fondamental. Dans la plupart des affaires, la Cour EDH vérifie si la mesure spécifique, adoptée par les autorités publiques et limitative de liberté d'expression, était nécessaire à la sauvegarde in concreto d'autres valeurs, énoncées dans l'article 10 paragraphe 2.²⁸⁹.

(²⁸⁸) Certains auteurs soutiennent qu'en effet le contrôle de proportionnalité n'intervient qu'après avoir provisoirement constaté qu'une mesure constitue une (potentielle) « atteinte » au droit garanti par la Convention EDH. V. ABDELGAWAD L., La proportionnalité dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation* / ed. par Hélène RUIZ FABRI, Lorenzo GRADONI. Société de législation comparée : Paris, 2009, p. 436. Justement, en doctrine il a été marqué que, suivant « case-based approach », la Cour souvent ne définit pas préalablement, au sens de la Convention, la portée du droit que le requérant invoque devant elle, mais que cette appréciation est faite par le contrôle de la mesure nationale dont on plaint la non conventionalité. V. GERARD J. ; SENDEN H., The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 2009, vol. 7, p. 622- 623 et 630 – 636.

(²⁸⁹) « Il ne suffit pas que l'ingérence dont il s'agit se classe parmi celle des exceptions énumérées à l'article 10 par. 2 (art. 10-2) que l'on a invoquée ; il ne suffit pas davantage qu'elle ait été imposée parce que son objet se rangeait dans telle catégorie ou tombait sous le coup d'une règle juridique formulée en termes généraux ou absolus : la Cour doit s'assurer qu'il était nécessaire d'y recourir eu égard *aux faits et circonstances de la cause précise pendant devant elle* ». V.

Comme bien précisé, même si « les États disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence », cette marge est exercée dans le cadre d'un contrôle « européen » successif, qui s'exerce « à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent ».²⁹⁰ Ainsi faisant, la Cour emploie le critère de la proportionnalité comme une norme de référence, qui permet d'apprécier la conventionalité de l'acte ayant causé la violation (i). Toutefois, cela permet parfois à la Cour d'étendre son appréciation directement à la loi sur le fondement de laquelle cette mesure a été édictée (ii). Cela notamment s'avère lorsque la loi ne permet pas aux autorités nationales qui l'appliquent une marge large d'appréciation. Il s'agit donc d'identifier la cause du « fait » générateur de la violation.

i) Le contrôle sur l'interprétation de la loi.

Moyennant son pouvoir d'apprécier en pleine autonomie les faits à l'égard de la Convention EDH, la Cour opère un contrôle sur la nécessité de la mesure restrictive ou répressive de la liberté d'expression, en appréciant l'aptitude de cette dernière à enfreindre la valeur dont cette mesure aurait mission de protéger. Ce procédé permet à la Cour de se pencher sur l'interprétation de la législation interne, qui a permis de prendre une telle mesure et donc de réaliser un événement étatique non conventionnel par rapport à celui énoncé dans le paragraphe 2 de l'article 10. Cela permet à la Cour de remonter à l'origine de l'événement réalisé, en identifiant les comportements-moyens « attentatoires » de la liberté d'expression.

Sunday Times c. Royaume-Uni (no 1), 26 avril 1979, § 65, série A no 30, italiques ajoutés. Il s'agissait, en l'espèce, d'un arrêt de la Chambre des Lord. La Cour se livre toujours à l'examen de mesures spécifiques. Par exemples, des arrêts internes (v. *Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985, § 58, série A no 90) ou des injonctions de non publication (v. *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 35-36, série A no 216), des perquisitions (v. *Martin et autres c. France*, no 30002/08, § 88, 12 avril 2012 ; *Ressiot et autres c. France*, no 15054/07 et 15066/07, § 125, 28 juin 2012). A l'égard de la proportionnalité, il a été souligné qu'il s'agit d'une création jurisprudentielle de la Cour EDH. V. LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law : Deference and Proportionality*. Oxford : Oxford University Press, 2012, p. 178. Par ailleurs, dans l'opinion qu'on exprime dans le texte, elle ne représente que l'interprétation des canons conventionnels retenue par la Cour EDH pour contrôler les mesures étatiques qui mettent en œuvre la Convention EDH. .

⁽²⁹⁰⁾ V. *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, série A no 24 ; *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 39, série A no 103.

En premier lieu, l'examen de la manifestation de l'expression litigieuse est mené par une interprétation textuelle de l'expression et du contexte dans lequel elle a été diffusée.²⁹¹ Très souvent la Cour qualifie différemment les faits litigieux par rapport à l'appréciation des juges internes, ainsi permettant de dévoiler la carence de proportionnalité entre la mesure restrictive ou punitive et la manifestation de la pensée.²⁹² Par exemple, la Cour a critiqué le fait que les juges nationaux n'avaient pas conduit « une analyse critique et circonstancielle de l'article litigieux », en excluant « malgré les demandes expresses formulées [...] un élément de preuve » dont la pertinence « ne saurait être exclue ».²⁹³ Elle a apprécié une violation de l'article 10 du fait que les autorités allemandes avaient révoqué une professeure de son poste de travail du fait d'avoir enfreint son devoir de loyauté, en participant activement au parti communiste, jugé anticonstitutionnel. A ce propos, la Cour a noté que

« aucun élément ne permet de dire que Mme Vogt elle-même [...] ait effectivement tenu des propos anticonstitutionnels ou ait personnellement adopté une attitude anticonstitutionnelle ».²⁹⁴

Avec la même démarche, la Cour, en pleine autonomie, a relevé une violation de l'article 10 en réexaminant le caractère d'une opinion, que les juges nationaux avaient retenu tellement « excessif » que le requérant avait été condamné.²⁹⁵ Même si la loi ukrainienne exclut la possibilité de fournir l'*exceptio veritatis* par rapport à un jugement de valeur, la Cour a constaté une violation de l'article 10 du fait que les juges avaient condamné le requérant « for having been unable to prove such statements, despite the fact that they

⁽²⁹¹⁾ V. *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990, § 47, série A no 177. Ensuite, « la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 (art. 10) et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents ». V. *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 31, série A no 298. V. aussi *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 48-50, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI. V. aussi *Conceição Leiria c. Portugal*, no 4049/08, § 41, 12 avril 2011 ; *John Anthony Mizzi c. Malte*, no 17320/10, § 35-37, 22 novembre 2011.

⁽²⁹²⁾ V. en général *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], no 39954/08, § 78-95, 7 février 2012.

⁽²⁹³⁾ V. *Cornelia Popa c. Roumanie*, no 17437/03, § 33,38, 29 mars 2011.

⁽²⁹⁴⁾ V. *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 60, série A no 323. Parfois, la Cour a apprécié « l'impact objectif » de l'expression par rapport à une sanction prise à l'encontre de l'auteur. V. *Grigoriades c. Grèce*, 25 novembre 1997, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII.

⁽²⁹⁵⁾ V. *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I.

had made no analysis of whether the statements could have been value judgments ». ²⁹⁶
Dans l'affaire *Incal c. Turquie*, les juges internes condamnèrent le requérant pour avoir promu les activités terroristes par le biais d'incitation à la haine, puisqu'il avait publié un tract sur les traitements des kurdes par les autorités turques à Izmir. De son côté, la Cour a d'abord réinterprété le contenu du tract et ensuite elle a exclu tout élément « permettant de conclure à une quelconque responsabilité de M. Incal pour les problèmes que poserait le terrorisme en Turquie ». ²⁹⁷ Face à une condamnation pour diffamation, la Cour a donné une interprétation différente de la manifestation de la pensée par rapport aux juges nationaux, ainsi excluant la lésion de l'honneur des personnes envisagées par l'opinion. ²⁹⁸

En second lieu, dans le cadre de son appréciation autonome des faits, la Cour définit ainsi la portée des concepts énoncés dans les lois internes, qui sont des mesures d'exécution par rapport au paragraphe 2 de l'article 10. Par l'emploi de la mesure restrictive ou punitive ligueuse et l'appréciation autonome des faits, la Cour contrôle indirectement une certaine interprétation de la loi interne qui, tout en limitant la liberté d'expression, est néanmoins une mesure d'exécution de la Convention.

Par exemple, on peut lire les arrêts de la Cour de la manière suivante. D'abord, la Cour EDH donne son appréciation autonome aux faits : « les opinions exprimées dans l'entretien ne sauraient passer pour inciter à la violence, ni être interprétées comme

(²⁹⁶) *V. Siryk c. Ukraine*, no 6428/07, § 19, 46, 31 mars 2011. La Cour a aussi censuré la motivation d'une sanction disciplinaire puisque des juges n'avait pas tenu compte d'autres facteurs « equally relevant for determining whether or not the applicant had acted in good faith ». V. aussi *Bozhko c. Bulgarie*, no 3316/04, § 50, 19 avril 2011; *Pinto Coelho c. Portugal*, no 28439/08, § 36-37, 28 juin 2011.

(²⁹⁷) « La Cour voit certes dans ces phrases des appels lancés, entre autres, à la population d'origine kurde, invitant celle-ci à se regrouper et faire valoir certaines revendications politiques. Quoique la référence aux « comités de quartier » ne paraisse pas claire, lesdits appels ne sauraient néanmoins, lus dans leur contexte, passer pour une incitation à l'usage de la violence, à l'hostilité ou à la haine entre citoyens ». V. *Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, § 50, 57, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV.

(²⁹⁸) « Si certaines des accusations étaient relativement sérieuses, l'effet préjudiciable à la réputation ou aux droits de chacun des chasseurs de phoques, que les déclarations litigieuses pouvaient avoir, s'est trouvé sensiblement atténué par plusieurs facteurs ». V. *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], no 21980/93, § 67-73, CEDH 1999-III. V. aussi *Okçuoğlu c. Turquie* [GC], no 24246/94, § 46-48, 8 juillet 1999.

susceptibles de le faire ». Ensuite, elle critique l'interprétation retenue par « la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul » de l'article 8 de la loi n° 3713 du 12 avril 1991, qui érige en infraction pénale « la propagande écrite et orale, les réunions, assemblées et manifestations visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'Etat de la République de Turquie », dans la mesure où elle a été appliquée en l'espèce pour condamner le requérant. Cela s'avère parce que :

« la publication litigieuse était un entretien avec un sociologue turc dont les opinions, telles qu'elles sont parues, semblaient traiter avant tout du processus d'ancrage de l'idéologie du PKK dans la société turque et de la manière dont se formaient les racines d'un Etat kurde. Sans approuver expressément le rôle tenu par le PKK dans la lutte pour l'indépendance kurde, *la personne interrogée analysait cette situation, essentiellement d'un point de vue sociologique, face aux réactions de l'Etat turc* ». ²⁹⁹

Ce procédé implique qu'une analyse sociologique ne peut pas en soi porter atteinte à la sûreté nationale. Ce dernier concept – qui, du point de vue du droit interne, permet de punir une certaine conduite au pénal ainsi limitant la liberté d'expression – ne comprend pas, du point de vue de la Convention EDH, la conduite ainsi réinterprétée par la Cour. La législation interne et son interprétation – qui sont des « mesure d'exécution » par rapport au paragraphe 2 de l'article 10 et qui permettent la réalisation de l'événement (la restriction d'un droit) – deviennent l'objet de l'appréciation de la Cour, qui crée des rapports cause-effet : lorsqu'on interprète la loi d'une certaine manière par rapport à un fait déterminé, en concrétisant cette interprétation par l'adoption d'un comportement précis (l'ingérence), on aura en conséquent une violation de la Convention EDH. L'Etat a réalisé un événement prohibé, donc une restriction illégitime à l'égard de la Convention. En spécifiant les comportements étatiques qui violent la Convention, la Cour précise l'obligation internationale. Du point de vu du droit international, même « l'interprétation » d'une norme interne est un comportement apte à engendrer toute une série de conséquences qui amènent à la violation de la Convention.

D'autres exemples tirés de la jurisprudence relative à l'article 10 confirment cette thèse. Relevé que « ledit message n'incite pas à l'usage de la violence, à la résistance armée, ou au soulèvement », et qu'il a été lu « à un groupe de personnes assistant à une

(²⁹⁹) V. *Erdoğdu et İnce c. Turquie* [GC], nos 25067/94 et 25068/94, § 51-52, 13 et 19, CEDH 1999-IV. Italique ajouté.

cérémonie commémorative », alors il ne peut pas avoir un « impact potentiel sur la ‘sécurité nationale’, ‘l’ordre public’ ou ‘l’intégrité territoriale’ ». En conséquent, une condamnation pour « propagande contre l’unité de la nation turque et l’intégrité territoriale de l’Etat » prise sur le fondement de l’article 8§1 de la loi relative à la lutte contre le terrorisme n’est pas conforme à l’article 10 de la Convention.³⁰⁰ Ce raisonnement amène à soutenir que la loi turque n’est pas conventionnelle si interprétée et appliquée de la même manière que l’ont fait les juges nationaux en l’espèce pour qualifier comme délit de propagande un fait précis. On s’aperçoit alors de la nature *pro futuro* de la règle élaborée par la Cour : pour se conformer aux exigences conventionnelles (l’événement est la restriction de la liberté), la Turquie devra tenir d’autres comportements, différents par rapport à celui jugé par la Cour, lorsqu’elle souhaitera empêcher la liberté d’expression pour des raisons de sécurité nationale ou intégrité territoriale. Encore, les normes qui érigent en infraction les conduites dangereuses pour la sûreté publique, interprétées de façon à y inclure un entretien avec un expert qui parle d’une minorité politique, entraîne une violation de la liberté d’expression.³⁰¹

Dans une autre affaire, en constatant que

« the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression [...] only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been impaired as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence »,

⁽³⁰⁰⁾ V. *Gerger c. Turquie* [GC], no 24919/94, § 19, 50-52, 8 juillet 1999.

⁽³⁰¹⁾ V. aussi, par exemple, l’affaire *Faruk Temel c. Turquie*, dans laquelle la Cour a noté que la déclaration litigieuse « lue dans son ensemble n’incite ni à l’usage de la violence ni à la résistance armée ni au soulèvement et – élément fondamental à prendre en considération [...] qu’elle ne constitue pas non plus un discours de haine. Le contenu de la déclaration n’était pas non plus susceptible de favoriser la violence en insufflant une haine profonde et irrationnelle envers des personnes identifiées [...]. Il s’ensuit que la condamnation pénale du requérant ne répondait pas à un ‘besoin social impérieux’ ». En conséquent, « l’ingérence à laquelle a donné lieu l’article 7 § 2 de l’ancienne loi no 3713 ne peut être vue comme ‘nécessaire dans une société démocratique’ ». Dans l’espèce, ce besoin social s’était concrétisé dans la punition de la propagande au profit d’une organisation terroriste et à l’incitation à la violence ou à la terreur. V. *Faruk Temel c. Turquie*, no 16853/05, § 21, 61, 64, 1er février 2011. V. aussi *Fatih Taş c. Turquie*, no 36635/08, § 41, 5 avril 2011.

la Cour juge directement la législation interne – qui protège aussi des autres valeurs (la réputation d'autrui) – en la jugeant non conventionnelle dans la mesure où elle prévoit un certain type de conséquence pénale par rapport à une précise manifestation de la pensée.³⁰² Donc, la Cour interprète la notion de protection de la réputation d'autrui, qui à niveau étatique est protégée par des sanctions pénales, en excluant sa lésion – et en conséquent jugeant non conventionnelle une condamnation prise sur cette base – si l'expression de la pensée n'est pas une « attaque gratuite », mais un « élément du débat d'intérêt général qu'il a suscité ». En conséquence, « il est permis aux requérants, comme à toute personne qui s'engage dans un débat public, de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation ».³⁰³ Encore, face à l'interdiction « absolue » de filmer une interview dans un pénitencier avec un détenu, prise sur le fondement de l'article 48 de la loi du canton de Berne sur l'exécution des peines et mesures, qui permet de contrôler, limiter et interdire les contacts avec l'extérieur, la Cour EDH a jugé que telle interprétation donnée par les juges suisses était « assez sommaire », du fait qu'ils n'avaient pas fait une « véritable mise en balance des intérêts ». Elle est parvenue à cette conclusion en notant comme fondé

« l'argument de l'intéressée selon lequel la présence sur place d'un seul caméraman et d'un journaliste n'était susceptible ni de perturber le fonctionnement de l'établissement ni de représenter une menace pour la sécurité ».³⁰⁴

(³⁰²) Cela parce que « in the Finnish legal system, when a statement, whether qualified as defamatory or insulting by the domestic authorities, is made in the context of a public debate, the bringing of criminal proceedings against the maker of the statement entails the risk that a prison sentence might be imposed ». V. *Reinboth et autres c. Finlande*, no 30865/08, § 90, 25 janvier 2011.

(³⁰³) En l'espèce, la Cour a considéré comme non attentatoire de la réputation d'autrui un tract, considérant que il « se voulait conçu comme une réponse aux déclarations faites publiquement dans le bulletin municipal par l'élu sans qu'une possibilité de réponse ait été ménagée à la personne qu'ils visaient ou à ses représentants » et que les requérants « n'étaient pas, en leur qualité de dirigeants syndicaux, tenus de faire preuve de la même rigueur que celle exigées des journalistes ». Cela donc prouve leur bonne foi. V. *Vellutini et Michel c. France*, no 32820/09, § 39-41, 6 octobre 2011. En ce qui concerne des déclarations faites pendant une réunion du conseil municipal, considéré comme une tribune « indispensable » au débat politique à l'instar d'un Parlement, v. *De Lesquen du Plessis-Casso c. France*, no 54216/09, § 47-49, 12 avril 2012. V. aussi *Lewandowska-Malec c. Pologne*, no 39660/07, § 62, 67, 18 septembre 2012.

(³⁰⁴) V. *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse*, no 34124/06, § 45, 62, 65, 21 juin 2012.

Encore, en estimant que

« le requérant est un simple particulier et s'est exprimé par la voie de poèmes [...] plutôt que par celui de moyens de communications de masse, ce qui constitue une limite notable à leur impact potentiel sur la 'sécurité nationale', 'l'ordre public' ou 'l'intégrité territoriale' »,

la Cour a affirmé que ces poèmes « s'analysent moins en un appel au soulèvement qu'en l'expression d'un profond désarroi face à une situation politique difficile ». ³⁰⁵ Cette démarche logique montre que les exigences de « sécurité nationale » ou « d'ordre public », protégées par l'application de la loi interne, ne sont pas enfreintes par la manifestation de la pensée en l'espèce. La Cour a censuré la « strict interpretation » des règles déontologiques interdisant « any critical expression in the medical profession » à l'égard d'un collègue, que le Conseil des médecins avait retenu pour émettre une sanction disciplinaire, alors qu'il aurait dû interpréter la critique litigieuse comme visée à « the ultimate goal of the medical profession - that is to protect the health and life of patients ». ³⁰⁶

Avec le même procédé logique, la Cour contrôle l'application de la proportionnalité de la peine infligée. Par exemple, elle a estimé une violation de l'article 10 du fait d'avoir prononcé une peine d'emprisonnement pour *comptent of court*, « disproportionnée et de nature à produire un 'effet dissuasif' sur les avocats dans les situations où il s'agit pour eux de défendre leurs clients », étant donné que d'après le droit interne d'autres sanctions étaient possibles. ³⁰⁷ En conséquent, l'événement matériel réalisé par les comportements étatiques (la privation de la liberté) n'est pas conforme à l'événement conventionnel requis (la limitation de cette liberté « conforme » au paragraphe 2 de l'article 10), si les juges, en donnant une certaine interprétation à la loi, réaliseront le même événement dans un cas similaire (en l'espèce : en condamnant l'avocat à une amende). Mais cela implique que, par rapport à un fait déterminé, comme apprécié par la Cour (le *comptent of the court* accompli par un avocat et sa détention) la loi ne peut pas prévoir l'emprisonnement, à peine d'enfreindre la Convention EDH. On

⁽³⁰⁵⁾ V. *Karataş c. Turquie* [GC], no 23168/94, § 52, CEDH 1999-IV.

⁽³⁰⁶⁾ V. *Sosinowska c. Pologne*, no 10247/09, § 81-84, 18 octobre 2011. V. aussi *Bergens Tidende et autres c. Norvège*, no 26132/95, § 57-59, CEDH 2000-IV.

⁽³⁰⁷⁾ V. *Kyprianou c. Chypre* [GC], no 73797/01, § 180-183, CEDH 2005-XIII.

voit donc comment la source des comportements qui les organes de l'Etat tiennent est, dans la majorité des cas, la loi.

i) Le contrôle direct de la loi.

Parfois, il semble que l'objet du contrôle de la Cour par rapport à l'article 10 soit directement la loi. A titre d'exemple, dans l'affaire *Lingens*, le fait que « le paragraphe 3 de l'article 111 du code pénal [autrichien, n.d.r.] combiné avec le paragraphe 2 » ne permet aux journalistes « d'échapper à une condamnation [...] que s'ils peuvent établir la vérité de leurs assertions » codifie une règle « irréalisable » pour les jugements de valeur, alors que en l'espèce le requérant avait été condamné pour diffamation à cause de son opinion, qui ne peut pas se prêter à une démonstration de son exactitude. En conséquent, exiger la preuve de la vérité de l'opinion pour se soustraire à une condamnation « porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même ».³⁰⁸ Dans l'affaire *Castells*, un sénateur espagnol avait été condamné pour injures contre le Sénat à la suite de la parution de son article dans une revue de presse, puisque les tribunaux n'avaient pas admis l'exception de vérité des faits alléguée par le prévenu, du fait que ce moyen de défense ne pouvait pas être soulevé par rapport à une injure visant les institutions politiques. La Cour qualifia cette règle comme contraire à l'article 10 dans la mesure où elle avait abouti à une déclaration judiciaire d'irrecevabilité de la demande du prévenu.³⁰⁹ Encore, un requérant ayant été condamné par les juges polonais du fait d'avoir publié une interview, quoique l'auteur de la déclaration s'y eût opposé, la Cour a estimé que les articles 14 et 49 de la loi sur la presse « cannot be said to be compatible [...] with the significance that freedom of expression assumes in the context of such a society » dans la mesure où elles subordonnent la publication d'une interview à l'autorisation de la personne qui l'a accordée.³¹⁰ Dans son contrôle de proportionnalité de la sanction irrogée par les juges nationaux, la Cour a directement critiqué la loi interne qui rattache « de manière automatique à toute personne qui purge une peine de prison » l'interdiction d'exercer la

⁽³⁰⁸⁾ V. *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 45-47, série A no 103. V. aussi *Oberschlick c. Autriche (no 1)*, 23 mai 1991, § 63-64, série A no 204; *Schwabe c. Autriche*, 28 août 1992, § 34, série A no 242-B.

⁽³⁰⁹⁾ V. *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 47-50, série A no 236.

⁽³¹⁰⁾ V. *Wizerkaniuk c. Pologne*, no 18990/05, § 16-19, 29, 84, 5 juillet 2011. V. aussi *Kaperzyński c. Pologne*, no 43206/07, § 72, 3 avril 2012.

profession de journaliste à la suite d'une condamnation pour calomnie « sans aucun contrôle de la part des tribunaux quant à sa nécessité ». ³¹¹ Comme on voit, dans ces affaires la Cour a précisé la source de la violation dans une règle interne qui a permis l'adoption de la mesure incriminée (et donc l'événement étatique contraire à celui conventionnel) avec énorme précision. En ces cas, notamment, la règle ne laissait guère aucune marge de manœuvre aux autorités chargées de l'appliquer, puisqu'elle ne prévoyait des exceptions ou imposait des interdictions.

Par ailleurs, un contrôle direct sur la loi, en tant que contraire en soi à l'article 10 paragraphe 2, est mené aussi dans le cadre de l'examen de la Cour sur le point de savoir si les dérogations à la liberté d'expression sont « prévue par une loi » au sens de la Convention. Par exemple, la Cour a relevé une violation de l'article 10 paragraphe 2 du fait que l'article 301 du Code pénale turc, lorsqu'il érige en infraction tout dénigrement public de la « Turkish Nation » et du « State of the Republic of Turkey », est formulé de manière trop imprécise. Même dans cette affaire, comme par rapport aux questions déjà exposées sous l'article 8, le requérant n'avait pas été arrêté ou condamné, ni aucune enquête pesait à sa charge. Après avoir rejeté l'observation préliminaire du gouvernement sur le constat que le statut de victime est « inextricably linked » avec la question de savoir « whether there has been an interference with the applicant's right to freedom », la Cour a estimé que le requérant avait un intérêt à agir puisque il risquait d'être affecté par la loi, en s'occupant de la question arméniennes. ³¹² Même en ce cas, la Cour a constaté que l'existence d'une loi causait à la victime une atteinte « psychologique » : on s'aperçoit donc de l'interprétation large donnée l'article 10, qui arrive à protéger les individus même des « craintes » causées par l'existence d'une règle. La nature préventive du contrôle direct sur la loi est ainsi très marquée.

Cette interprétation « forte » de la Convention a été récemment appliquée dans le discours de la Cour aux obligations positives. Tout en examinant si la mesure était « prévue par la loi », la Cour EDH a constaté des carences structurelles des systèmes nationaux. Par exemple, la Cour a jugé contraire à l'article 10 la loi néerlandaise (l'article 96a du code de procédure pénale) dans la mesure où elle ne prévoyait qu'un juge

⁽³¹¹⁾ V. *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], no 33348/96, § 117, CEDH 2004-XI.

⁽³¹²⁾ V. *Altuğ Taner Akçam c. Turquie*, no 27520/07, § 43-44, 51, 67-69, 92-96, 25 octobre 2011.

indépendant puisse se prononcer sur la compatibilité avec le droit au silence des journalistes d'une injonction du procureur, au cas où celui-ci ordonnerait aux journalistes de lui remettre des informations nécessaires pour la persécution d'une enquête pénale. Comme il est bien souligné,

« si le procureur, comme tout agent public, est lié par les exigences de l'intégrité ordinaire, du point de vue procédural il est une « partie » qui défend des intérêts potentiellement incompatibles avec la protection des sources des journalistes et il ne peut guère passer pour suffisamment objectif et impartial pour effectuer la nécessaire appréciation des divers intérêts en conflit. »³¹³

En ce cas, la Cour a constaté une « carence » de la loi : il s'agit d'une obligation positive, de mettre en place des règles pour prévenir les atteintes à la liberté d'expression. Même en ce cas, on note l'approche « préventif ».

Dans une autre récente affaire, le requérant n'ayant pas obtenu l'attribution de trois fréquences pour la radiodiffusion, dont il pourtant avait obtenu la concession en 1999, à cause du manque d'un plan national ministériel d'attribution des radiofréquences, la Cour a constaté la violation de la liberté d'expression, ainsi spécifiant que

« la non-attribution de radiofréquences à la requérante a vidé la concession de tout effet utile car l'activité qu'elle autorisait n'a de facto pas pu être exercée pendant presque dix ans. Cette non-attribution a dès lors constitué un obstacle substantiel, et donc une ingérence, dans l'exercice par la requérante de son droit de communiquer des informations ou des idées ».

En ce sens, la Cour est remonté à la cause de la privation d'un droit du requérant, à savoir le défaut de l'Etat de mettre en place « un cadre législatif et administratif approprié pour garantir un pluralisme effectif dans les médias ». ³¹⁴ En ce sens, la Cour a constaté le défaut d'un événement normatif précis, qui aurait permis la réalisation du droit du requérant s'il avait été réalisé en temps utile. Il s'agit ici encore de la violation d'une obligation positive. Dans cette affaire, il est intéressant d'observer que le requérant avait allégué que plusieurs comportements des organes nationaux (« mesures législatives, administratives et judiciaires »), lui avaient empêché l'exercice de sa liberté. En effet, tout en ayant condamné le gouvernement à verser des dommages-intérêts au requérant, le

⁽³¹³⁾ *V. Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* [GC], no 38224/03, § 30-34, 93, 100, 14 septembre 2010.

⁽³¹⁴⁾ *V. Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie* [GC], no 38433/09, § 144-148, CEDH 2012.

Conseil d'Etat italien avait exclu en dernier ressort la possibilité de « se substituer au Gouvernement pour attribuer des radiofréquences, non plus que le contraindre à le faire ». ³¹⁵ La Cour EDH aurait bien pu soutenir que c'était la carence d'une procédure judiciaire adéquate à avoir engendré la violation de la liberté d'expression, dans la mesure où elle n'avait pas garanti au pouvoir judiciaire des remèdes effectifs pour réaliser le droit de la victime. Au contraire, elle s'est penchée de manière plus souple sur le constat d'une générale « carence » du cadre normatif. On s'aperçoit pourtant bien du degré « fort » de l'appréciation du fait générateur de la responsabilité en l'espèce.

⁽³¹⁵⁾ V. *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie*, précité, § 38-39, 113.-148.

Section 2. Le caractère immédiat de l'obligation.

Il peut s'avérer que la règle n'est pas appliquée par les juges puisqu'ils estiment que l'obligation internationale conférant des droits n'est pas immédiate et que, en conséquence, l'Etat n'est pas engagé à reconnaître immédiatement aux individus ces droits dans l'ordre interne. Le caractère non immédiat de l'obligation découlerait, d'une certaine manière, de la volonté des Etats de subordonner l'exécution interne de l'obligation internationale à l'échéance d'un délai ou à la vérification d'une condition : l'événement que la règle internationale spécifie ne doit pas être réalisé tout de suite. En conséquent, lorsque l'obligation internationale confère des droits, les individus n'en seraient pas les titulaires immédiatement, bien que la convention ait été introduite dans le droit interne et qu'elle soit "juridique". De ce point de vue, l'effet contraignant de la convention serait suspendu aussi en droit interne, et les juges tendront à lui nier effet direct. Il faut pourtant rechercher des indices qui prouvent une telle volonté.³¹⁶ Ce sujet sera d'abord approfondi en étudiant le cadre théorique dans lequel cette question s'est posée pour la première fois (§1) ; ensuite, on l'appliquera au PIDESC (§2).

§1 – Les conditions de la nature immédiate de l'obligation internationale.

Un large débat a été entamé au sujet du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (par la suite : PIDESC). Alors que l'article 2 alinéas 1 et 2 du PIDCP imposent clairement aux États de mettre en œuvre et se conformer à toutes les règles conventionnelles et de prévoir des recours effectifs,³¹⁷ la règle respective du

(³¹⁶) Récemment, on a mis en évidence que la question principale est celle de savoir si une convention crée aussi une relation entre l'Etat et les individus. Pour résoudre ce problème, il faut alors comprendre ce que 'was intended by the states that agreed to the obligation in question or [...] by what they actually agreed'. V. NOLLKAEMPER A., *National Courts and the International Rule of Law*, op. cit., p. 99. Par conséquent, le caractère immédiat de l'obligation de conférer des droits aux individus découle de l'interprétation de la volonté des Etats.

(³¹⁷) D'après le paragraphe 3 de l'article 2 du PIDCP, les Etats « s'engagent à: **a)** Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; **b)** Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat,

PIDESC affirme que chaque Etat « s'engage à agir [...] au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer *progressivement* le plein exercice des droits reconnus » dans la convention.

En s'appuyant sur cette remarquable différence, une partie de la doctrine affirma à l'époque que les « clauses d'exécution », examinées dans la section 1, prouveraient le caractère non immédiatement contraignant d'une convention sur la protection des droits de l'homme, du fait qu'elles subordonneraient l'exécution de la convention à l'adoption des mesures législatives internes. Inspirés par ce constat, certains auteurs donc doutèrent du fait que même le PIDCP n'imposât des obligations immédiates, puisque, contrairement à l'article 1 de la Convention EDH, l'article 2 alinéa 2 du PIDCP oblige les Etats à adopter des mesures législatives nécessaires pour garantir l'efficacité des droits reconnus par la Convention, ainsi que l'article 2 alinéa 1 du PIDESC.³¹⁸ Bien évidemment, interpréter les clauses d'exécution comme règles qui démontreraient la nature non immédiatement contraignante d'une convention internationale se heurte avec toutes les considérations qu'on a faites à ce sujet dans la section 1, dans la mesure où la loi n'est qu'un de nombreux comportements aptes à s'acquitter d'un devoir conventionnel. Par ailleurs, en s'opposant à cette interprétation, une autre partie de la doctrine soutint que, si les droits du PIDCP n'avaient pas été immédiatement contraignants pour les Etats, en tant que soumis à des mesures d'exécution, l'article 2 alinéa 3 du PIDCP n'aurait eu aucun sens, dans la mesure où il prévoit une obligation de réparer à la violation des droits y affirmés.³¹⁹ En conséquent, les obligations du PIDCP auraient dû être immédiatement exécutées, ou dès que possible, et, en tout cas, elles

statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel ; c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié.

⁽³¹⁸⁾ V. ROBERTSON A. H., The United Nations Covenant on civil and political rights and the European Convention on human rights. *British Yearbook of International Law*, 1968-1969, vol. 43 p. 24-27.

⁽³¹⁹⁾ V. SCHWELB E., The nature of the obligations of the States parties to the International Covenant on Civil and Political Rights. *René Cassin Amicorum Disciplinorumque Liber I*. Paris: Pedone, 1969, p. 307.

seraient contraignantes dès l'entrée en vigueur du traité.³²⁰ De ce constat très pertinent, se consolida l'idée suivant laquelle la présence ou l'absence d'une règle, qui oblige l'État à garantir un recours effectif (entendu dans l'acception large de remède) à la suite de la méconnaissance d'un droit conventionnel, est une preuve pour confirmer la volonté des Etats de reconnaître immédiatement les droits. Une conclusion similaire a été formulée par les auteurs qui ont approfondi cette question par rapport à la Convention EDH. En énonçant une obligation de remédier, la Convention EDH suppose que les individus soient immédiatement titulaires des droits y affirmés et qu'en conséquent elle doive être introduite tout de suite dans le droit interne.³²¹

La présence d'une règle conventionnelle, qui impose en général un devoir de réparation, pourrait confirmer la nature immédiate de l'obligation internationale, pourtant avec les remarques suivantes. Après l'incorporation, l'Etat se limite à reconnaître à toute convention un caractère obligatoire dans le droit interne (exécution *stricto sensu*). Mais cela n'implique point que les individus jouissent de manière automatique d'un droit d'action pour faire valoir les violations conventionnelles devant les autorités nationales. En effet, l'obligation de garantir un remède n'oblige l'Etat qu'à garantir des

(³²⁰) V. JHABVALA F., On human rights and the socio-economic context. *Netherlands International Law Review*, 1984, vol. 31, p. 167-168.

(³²¹) Selon une position plus « souple », la Convention EDH imposerait une obligation d'incorporation, tout en laissant les Etats libres quant à la modalité d'adaptation. V. SØRENSEN Max, Obligations of a State Party to a Treaty as regards its municipal law. *Human rights in national and international law : the proceedings of the Second international conference on the European convention on human rights held in Vienna under the auspices of the Council of Europe and the University of Vienna, 18-20 October, 1965* / ed. par Arthur Henry ROBERTSON. Manchester: Manchester University Press, 1968, p. 20-21. D'après une autre doctrine, la Convention EDH imposerait aussi une obligation de conférer un rang constitutionnel aux droits y énoncés. V. VERDROSS Alfred, Status of the European Convention in the hierarchy of rules of law. *Human rights in national and international law : the proceedings of the Second international conference on the European convention on human rights held in Vienna under the auspices of the Council of Europe and the University of Vienna, 18-20 October, 1965* / ed. par Arthur Henry ROBERTSON. Manchester: Manchester University Press, 1968, p. 54-56. Pour un résumé du débat, V. DRZEMCZEWSKI Andrew Z., *European Human Rights Convention in Domestic Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 40-47.

conséquences juridiques particulières lors de la méconnaissance d'un droit conventionnel.³²² A cet égard, le paragraphe 3 b) de l'article 2 du PIDCP précise que

« l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours »,

tandis que l'article 13 de la Convention EDH est encore plus générique, puisqu'il parle de recours effectif « devant une instance nationale ». Il ne va pas de soi que cette réparation soit de nature « judiciaire » : la question de l'applicabilité processuelle d'une règle internationale est différente du concept de réparation.³²³ Ce dernier acquiert une portée très large, spécialement dans le cas où il n'y a pas d'organe international chargé de constater la violation d'une convention. Enfin, si l'obligation de garantir un remède est interprétée comme le devoir pour l'Etat de prévoir en général une sanction, dont les individus pourraient en bénéficier en cas de violation d'un droit, cela implique que d'autres comportements seront nécessaires pour s'acquitter de cette obligation.³²⁴ Par exemple, l'obligation de prévoir un remède effectif comprend aussi toutes les autres questions de droit substantiel (par exemple, la prescription) qui pourraient entraver la jouissance de ce recours, dans la mesure où elles n'ont pas été mentionnées dans l'obligation internationale. Encore une fois, il revient à l'organe international, éventuellement prévu pour constater les violations de la convention, la tâche de préciser la portée de la réparation et la voie de droit interne nécessaire pour la faire valoir. On verra comment la Cour EDH a précisé le contour du droit au recours effectif (a) et,

(³²²) A propos de l'obligation de l'art. 2 al. 3 du PIDCP, on a remarqué que les 'remedies do not come into existence by virtue of that provision alone'. V. C. TOMUSCHAT C., National Implementation of International Standards on Human Rights. *Canadian Human Rights Yearbook*, 1984-1985, p. 44.

(³²³) L'exercice du pouvoir judiciaire peut être interprété comme un moyen pour s'acquitter des devoirs conventionnels : par exemple, moyennant le déroulement d'une activité pour atteindre l'objectif imposé par le paragraphe 1 de l'article 2 du PIDCP. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 2 du PIDCP ont été ainsi interprétés par la doctrine. V. SCHACTER O., The Obligations of the Parties to Give Effect to the Covenant on Civil and Political Rights. *American Journal of International Law*, 1979, vol. 73, p. 462-463.

(³²⁴) V. TOMUSCHAT C., National Implementation of International Standards on Human Rights, op. cit., p. 44.

ensuite, les solutions retenues par le Comité du droit de l'homme par rapport au PIDCP (b).

a) L'article 13 de la Convention EDH.

D'après la jurisprudence de la Cour EDH concernant l'article 13 de la Convention, deux aspects se dévoilent de cette règle. On peut apercevoir une double fonction du recours effectif, en tant que devoir pour les autorités nationales d'examiner tout grief fondé sur la méconnaissance de la Convention EDH et en tant que devoir de tenir un comportement apte à corriger une violation déjà avérée de la norme substantielle.³²⁵

Dans un premier sens, en contrôlant si le droit de chaque Etat permet « adequate redress for any violation that has *already* occurred », la Cour interprète l'article 13 comme une obligation pour l'Etat de garantir un redressement à la violation d'un droit conventionnel (c'est-à-dire, prévoir des conséquences spécifiques lors de la violation d'un droit conventionnel). En soulignant que

« l'objet de l'article 13 est de fournir un moyen au travers duquel les justiciables puissent obtenir, au niveau national, le *redressement* des violations de leurs droits garantis par la Convention *avant* d'avoir à mettre en œuvre le mécanisme international de plainte devant la Cour»,

le rôle subsidiaire de cette dispositions par rapport au mécanisme d'appréciation de la Cour est très évident.³²⁶ La Cour a ainsi spécifié quel type de remède l'Etat devrait garantir, étant donné que « la portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention ». ³²⁷ En cela, la Cour contrôle si la loi interne permet, *in abstracto*, la possibilité d'obtenir un redressement effectif, puisque « l'efficacité du recours, aux fins de l'article 13 (art. 13), ne dépend pas de la certitude d'un résultat favorable au requérant ». ³²⁸ Par exemple, elle a examiné si les « articles 57 et 59 du code civil » grec auraient pu fournir aux requérants

⁽³²⁵⁾ Comme la Cour a récemment souligné, « cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié ». V. *Bucur et Toma c. Roumanie*, no 40238/02, § 168, 8 janvier 2013.

⁽³²⁶⁾ V. *Kudła v. Pologne* [GC], no. 30210/96, § 152, ECHR 2000-XI.

⁽³²⁷⁾ V. *Tanrikulu c. Turquie* [GC], no 23763/94, § 117, CEDH 1999-IV.

⁽³²⁸⁾ V. *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 122, série A no 161.

« une voie de recours efficace en vue de leur dédommagement pour l'atteinte prétendue à leur personnalité » du fait de la violation de l'article 9, en concluant par la négative.³²⁹ Dans d'autres cas, la Cour indique le type d'événement que l'Etat doit réaliser lors de la violation d'une règle conventionnelle. A titre d'exemple, la Cour a tiré de l'obligation de l'article 3, lu en combinaison avec l'article 13, le devoir de l'Etat « d'effectuer des investigations approfondies, propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables » de torture ou mauvais traitements.³³⁰ Cela est devenue désormais l'habitude pour ce qui concerne la violation des « core rights ». ³³¹

Dans l'autre côté, souvent l'article 13 est entendu dans une acception plus abstraite, de nature préventive, lorsqu'il est interprété comme une obligation de « allowing the competent national authority [...] to deal with the substance of the relevant Convention complaint ». ³³² En particulier, les autorités nationales doivent examiner le *fond* d'un grief soulevé par le requérant lorsqu'il allègue la violation d'un droit conventionnel : cet aspect est bien montré par l'arrêt *Nada*, où la Cour EDH a souligné que les juridictions suisses, tout en ayant été régulièrement saisies par le requérant, « n'ont pas examiné quant au fond ses griefs concernant les violations alléguées de la Convention ». En effet,

⁽³²⁹⁾ V. *Dimitras et autres c. Grèce*, nos 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07 et 6099/08, § 68, 3 juin 2010.

⁽³³⁰⁾ V. *Çakıcı c. Turquie* [GC], no 23657/94, § 113, CEDH 1999-IV. V. aussi *Menteş et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, § 89, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII. « Lorsqu'un individu formule un grief défendable d'après lequel des agents de l'Etat ont volontairement détruit son habitation et ses biens, la notion de « recours effectif » implique, outre le versement d'une indemnité là où il échet, des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête ». V. aussi p. 95.

⁽³³¹⁾ V. BARTOLE S.; DE SENA P.; ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2012, p. 497-510. V. aussi WHITE R. ; OVEY C., *The European Convention on Human Rights*. 5e éd. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 141.

⁽³³²⁾ V. *Finger v. Bulgarie*, no. 37346/05, § 83, 10 May 2011; *Lukenda v. Sloveenie*, no. 23032/02, § 41, ECHR 2005-X.

« le Tribunal fédéral a estimé qu'il pouvait certes vérifier si la Suisse était liée par les résolutions du Conseil de sécurité, mais non lever pour non-respect des droits de l'homme les sanctions prises contre le requérant. »³³³

Une large marge de manœuvre est garantie aux Etats pour remplir cette obligation : par exemple, « 'l'instance' dont parle cette disposition n'a pas besoin d'être une institution judiciaire ». ³³⁴ Cette dernière fonction confirme le caractère immédiat de l'obligation de reconnaître un droit à l'individu ; en d'autres termes, l'événement (le droit), que l'obligation internationale impose de réaliser sans délai, est à bénéfice d'un individu. En effet, si la Cour EDH oblige les autorités nationales à « constater » la violation d'un droit conventionnel, il faut supposer que les individus soient nécessairement destinataires de l'événement que l'obligation internationale engage à réaliser. La Cour tient pour sûr qu'un individu soit déjà titulaire *in abstracto* d'un droit avant d'être saisi.

Cette attitude confirme que la Cour demande que les obligations internationales énoncées dans la Convention EDH s'adressent aux individus. La Cour EDH a ainsi soutenu que le droit au recours effectif est « ancillary » par rapport aux droits substantiels et que, pour cette raison, doit être exclue du champ d'application du principe de l'épuisement des recours internes. De cette manière, émerge un véritable droit d'action qui peut être fait valoir à l'égard de l'Etat et qui impose aux autorités nationales le devoir de vérifier le fond de la plainte. Les justiciables, pour avoir accès à la Cour EDH, ne doivent pas se plaindre préalablement devant les autorités nationales de n'avoir pas eu un recours effectif d'après l'article 13, puisque la règle de l'épuisement des recours internes n'envisage que la « substantive provision » par rapport à laquelle l'article 13 est fait valoir. ³³⁵ Il en ressort que, si la violation de l'article 13 ne peut être alléguée qu'en relation à la méconnaissance d'une autre norme substantielle de la Convention, alors le droit au recours effectif ne peut jamais être violé sans qu'une norme substantielle de la Convention EDH ait été aussi méconnue. Cette conclusion est confirmée par le fait que les individus doivent alléguer une violation « défendable » de la norme substantielle lorsqu'ils se plaignent de la méconnaissance de l'article 13 devant la Cour EDH : il n'est

(³³³) V. *Nada c. Suisse* [GC], no 10593/08, § 210, CEDH 2012.

(³³⁴) V. *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, § 289, 21 January 2011; *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 152, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V

(³³⁵) V. *Diallo c. République tchèque*, n° 20493/07, § 55, 23 juin 2011.

donc pas nécessaire qu'un droit conventionnel a été effectivement violé, mais qu'il n'y a pas eu la possibilité, dans l'ordre interne, de sauvegarder un droit dont le requérant avait affirmé la méconnaissance.³³⁶ Du point de vu du justiciable, il s'agirait d'une sorte de « présomption » d'intérêt à agir devant les autorités nationales pour faire constater une violation de la Convention. Cette « présomption » confirme que la norme internationale vise une situation individuelle : cela est le contenu du critère du concept de « grief défendable ».³³⁷ En outre, même au cas où un individu n'aurait pas aucune possibilité de recours dans le droit national, la Cour n'a presque jamais apprécié une violation du seul article 13, mais toujours en relation à la méconnaissance d'une autre norme (par exemple, l'article 8).³³⁸

La titularité abstraite des droits conventionnels – donc le fait que l'événement imposé par l'obligation internationale est à profit des individus – découle du caractère immédiatement contraignant de la Convention, une fois coordonnée la règle qui garantit un recours effectif avec la formulation de l'article 1. En effet, dans un célèbre arrêt, en remarquant que :

« en substituant le mot 'reconnaissent' à 's'engagent à reconnaître' dans le libellé de l'article 1 (art. 1), les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des États contractants »

la Cour EDH a précisé que l'intention des Etat trouve une « fidélité particulière » lorsqu'ils incorporent la Convention dans l'ordre interne.³³⁹ Par conséquent, l'obligation

⁽³³⁶⁾ *V. Silver and Others v. the United Kingdom*, 25 March 1983, § 113, Series A no. 61; *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, § 62-65, Series A no. 28; *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 77; *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, 27 April 1988, § 52, 55, Series A no. 131. Récemment, la Cour a précisé que l'art. 13 se réfère à l'obligation de prévoir un recours effectif par rapport à toute plainte « défendable », dont l'examen du bien fondé est l'objet de l'obligation énoncée par l'article 13. *V. Konostas v. Greece*, no. 53466/07, § 55, 24 May 2011.

⁽³³⁷⁾ *V. Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, 19 décembre 1994, § 53, série A no 302

⁽³³⁸⁾ La Cour a apprécié la violation de l'article 13 dans le cas où la loi interne ne permettait aucun contrôle de la légalité des actes administratifs d'expulsion adoptés pour des raisons de sûreté nationale. En l'espèce, la Cour a condamné le manque de tout droit d'action. *V. Baltaji c. Bulgarie*, n° 12919/04, § 44-47, 12 juillet 2011.

⁽³³⁹⁾ *V. Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 239, Series A no. 25.

de garantir immédiatement les droits entraîne la titularité abstraite des droits conventionnels et d'un droit d'action, c'est-à-dire la possibilité de faire valoir ces droits devant les autorités nationales sans qu'elles puissent invoquer la carence d'effet direct. La Cour EDH a atteint ce résultat en interprétant l'art. 1, en remarquant l'engagement que les Etats ont pris lors de la ratification du traité.³⁴⁰

b) L'article 2 paragraphe 3 du PIDCP.

Etant donné que le paragraphe 3 de l'article 2 du PIDCP impose aux Etat l'obligation de fournir un recours utile (« effective remedy » dans la version anglaise) par le biais d'une procédure administrative ou contentieuse (le « recours ») aux victimes d'une violation conventionnelle, on verra l'approche adoptée par le Comité des droit de l'homme dans le cadre de l'examen des communication individuelles lui parvenues. Contrairement à la jurisprudence la Cour EDH, les décisions du Comité précisent de manière plus claire les conséquences juridiques découlant de la méconnaissance d'un droit conventionnel : la nature de remède successif du paragraphe 3 de l'article 2 du PIDCP est donc plus marquée.³⁴¹ Toutefois, parfois le Comité se penche aussi sur l'examen de la procédure nationale nécessaire pour redresser la violation du Pacte. Dans le cadre de cette appréciation, le Comité a estimé, par exemple, que :

« on ne saurait considérer que des recours disciplinaires et administratifs constituent des recours adéquats et utiles au sens du paragraphe 3 de l'article 2

⁽³⁴⁰⁾ La Cour a lu l'article 13 en combinaison avec l'article 1, en soutenant que l'application du droit au recours effectif dépend de la modalité dont les Etats ont choisi de respecter l'article 1, qui impose de reconnaître « directement » aux individus tous les droits et les libertés de la Convention. V. *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25 March 1983, § 113, Series A no. 61.

⁽³⁴¹⁾ Cela peut être évidemment dû à la nature non contentieuse du Comité et au fait que la Convention EDH confère au Conseil des Ministres le soin de préciser la réparation que les Etats membres doivent garantir pour mettre en œuvre une décision de la Cour EDH. En conséquence, l'approche retenue par le Comité tend à être plus « forte », en raison de la carence de ce partage de fonction parmi appréciation d'une violation et mise en œuvre de l'arrêt. V. GATTINI A., *Domestic Judicial Compliance with International Judicial Decisions : some paradoxes. From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma* / ed. par Ulrich FASTENRATH [et alii]. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1181-1184.

du Pacte en cas de violation particulièrement grave des droits de l'homme, notamment en cas de violation présumée du droit à la vie ».³⁴²

D'autre côté, en ce qui concerne le volet successif du recours effectif, le Comité a précisé que la réparation doit être, en général, pécuniaire.³⁴³ Toutefois, le Comité a aussi imposé à l'Etat de réaliser un autre événement à titre de réparation, parfois conforme au contenu du droit violé à l'origine.³⁴⁴ A titre d'exemple, lors de la commission, de pars de

⁽³⁴²⁾ V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 563/1993 : *Nydia Bautista de Arellana c. Colombie* (27 octobre 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (51ème session), Supplément n. 40 (A/51/40) Vol. II, p. 147, point 8.2. De manière similaire, v. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 612/1995 : *Arhuacos c. Colombie* (29 juillet 1997), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (52ème session), Supplément n. 40 (A/52/40) Vol. II, p. 202 point 8.2. Par ailleurs, il a aussi souligné l'importance de « la mise en place par les États parties de mécanismes juridictionnels et administratifs appropriés pour examiner dans le cadre du droit interne les plaintes faisant état de violations des droits ». V. Rapport du Comité des droit des l'homme, Communication no 992/2001, *Bousroual c. Algérie* (30 mars 2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 40 (A/61/40), Vol. II, p. 66 point 9.12.

⁽³⁴³⁾ Par exemple, le Comité a constaté que les individus ont « droit, en vertu du paragraphe 3 a) de l'article 2 du Pacte, à réparation, y compris à un dédommagement approprié ». V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no. 386/1989, *Famara Koné c. Sénégal* (21 octobre 1994), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (50ème session), Supplément n. 40 (A/50/40) Vol. II, p. 9 point 9. De le même rapport, après avoir apprécié la violation de l'article 24 paragraphe 2, le Comité a indiqué « l'obligation à l'État partie de garantir que l'auteur et sa petite-fille disposent d'un recours utile, y compris de réparer le préjudice qu'elles ont subi du fait de la durée excessive des procédures ». V. Communication No 400/1990, *Darwinia R. Monaco de Gallichio c. Argentine* (3 avril 1995), p. 16 point 11.2 ; Communication No 516/1992, *Alina Simunek et consorts c. République tchèque* (19 juillet 1995), p. 102 point 12.2.

⁽³⁴⁴⁾ Sur la base de l'article 2 alinéa 3, le Comité a invité l'État partie à « garantir à l'auteur la possibilité de voir régulièrement ses filles et assurer le respect des termes du jugement qui lui sont favorables » : v. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 514/1992 : *Sandra Fei c. Colombie* (4 avril 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (50ème session), Supplément n. 40 (A/50/40) Vol. II, p. 93 point 10. Dans le même rapport, « l'auteur a droit à un recours utile, consistant en un traitement médical approprié, une indemnisation et l'examen de son cas en vue d'une libération anticipée » : v. Communication No 606/1994 : *Clement Francis c. Jamaïque* (25 juillet 1995), p. 149 point 11. A la suite de la violation de l'article 12 du Pacte, qui confère le droit de circuler librement dans le territoire de l'Etat partie de la convention, le Comité a estimé que le recours effectif « doit entraîner la possibilité immédiate pour M. Ackla de retrouver sa liberté de mouvement et de résidence ainsi qu'une indemnisation appropriée ». V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 505/1992 : *Kéténguéré Ackla c. Togo* (25 mars 1996), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (51ème session), Supplément n. 40 (A/51/40), Vol. II, p. 63 point 12. En cas de violation de l'article 10 sur les conditions de détention, le Comité a jugé nécessaire qu'en vertu d'un recours effectif

l'Etat, d'un traitement inhumain ou dégradant d'après l'article 7 du Pacte, le Comité a imposé à l'Etat le devoir de dédommager la victime et de « procéder à enquêter sur les allégations de l'auteur afin d'engager une action pénale ou autre, selon qu'il conviendra, à l'encontre des responsables ». ³⁴⁵ De même, « lorsqu'il s'agit de disparitions forcées et d'atteintes au droit à la vie », le Comité a imposé le devoir d'une poursuite pénale à titre de réparation. ³⁴⁶ Lors de la violation des articles 14 et 6 du Pacte, à la suite de laquelle une condamnation à la peine capitale avait été émise, le Comité a imposé à titre de réparation « un recours utile entraînant [la, *n.d.r.*] mise en liberté » de la victime, qui n'avait pas pu interjeter appel contre une telle condamnation, ³⁴⁷ voir une commutation ou la réduction de la peine ³⁴⁸ ou, encore, le devoir d'ouvrir un nouveau procès. ³⁴⁹

« l'État partie est tenu de prendre des mesures pour garantir que les conditions de détention de l'auteur soient conformes aux prescriptions du paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte ». V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 569/1993 : *P. Matthews c. Trinité-et-Tobago* (31 mars 1998), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (53ème session), Supplément n. 40 (A/53/40) Vol. II, p. 37 point 9.

(³⁴⁵) Cette approche est tout à fait similaire à celle retenue par la Cour EDH lors de la constatation d'une violation de l'article 3 de la Convention EDH. V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 321/1988 : *Maurice Thomas c. Jamaïque* (19 octobre 1993), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (49ème session), Supplément n. 40 (A/49/40) Vol. II, p. LIV, point 10. Dans le même rapport, v. Communication No 355/1989, *George Winston Reid c. Jamaïque* (8 juillet 1994), p. LXXVIII, point 16 ; Communication No 440/1990, *Mohammed Bashir El-Megreisi c. Jamahiriya arabe libyenne* (23 mars 1994), p. CXLVIII, point 7. V. aussi Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 778/1997, *Coronel et consorts c. Colombie* (25 octobre 2002), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (58ème session), Supplément n. 40 (A/58/40), Vol. II, p. 39 point 10. V. aussi Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1295/2004, *Mohammed El Alwani, Ibrahim c. Jamahiriya arabe libyenne* (11 juillet 2007), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (62ème session), Supplément n. 40 (A/62/40), Vol. II, p. 153 point 8. V. en outre Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1755/2008, *El Hagog Jumaa c. Libye* (19 mars 2012), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (67ème session), Supplément n. 40 (A/67/40), Vol. II, p. 65 point 10.

(³⁴⁶) V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1327/2004, *Grioua c. Algérie* (10 juillet 2007), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (62ème session), Supplément n. 40 (A/62/40), Vol. II, p. 205 point 9.

(³⁴⁷) V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 333/1988 : *Lenford Hamilton c. Jamaïque* (23 mars 1994), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (49ème session), Supplément n. 40 (A/49/40) Vol. II, p. XIII, point 11. V. aussi Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 459/1991 : *Osbourne Wright et Eric Harvey c. Jamaïque* (27 octobre 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (51ème session), Supplément n. 40

Parfois, le Comité a soutenu que « la déclaration de culpabilité de l'auteur [de la communication, *n.d.r.*] doit être annulée ». ³⁵⁰ En fait, le Comité a précisé que l'imposition automatique de la peine capitale, sans que les conditions personnelles du prévenu soient préalablement appréciées par l'autorité judiciaire compétente, enfreint

(A/51/40) Vol. II, p. 43 point 12. Par exemple, le Comité a estimé que « M. Polay Campos doit être remis en liberté, à moins que la législation péruvienne ne prévoie la possibilité de le juger de nouveau, dans des conditions qui respectent toutes les garanties d'une procédure régulière énoncées à l'article 14 du Pacte ». V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 577/1994 : *R. Espinoza de Polay c. Pérou* (6 novembre 1997), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (53ème session), Supplément n. 40 (A/53/40) Vol. II p. 45 point 10. V. aussi Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 699/1996 : *Maleki c. Italie* (15 juillet 1999), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (54ème session), Supplément n. 40 (A/54/40) Vol. II, p. 211 point 11.

⁽³⁴⁸⁾ Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 390/1990 : *Bernard Lubuto c. Zambie* (31 octobre 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (51ème session), Supplément n. 40 (A/51/40) Vol. II, p. 16 point 9 ; Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 680/1996 : *Gallimore c. Jamaïque* (23 juillet 1999), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (54ème session), Supplément n. 40 (A/54/40), Vol. II, p. 204 point 9. V. aussi Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 806/1998 : *Thompson c. Saint-Vincent-et-les Grenadines* (18 octobre 2000), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (56ème session), Supplément n. 40 (A/56/40), Vol. II, p. 88 point 10. V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 838/1998, *Hendricks c. Guyana* (28 octobre 2002), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (58ème session), Supplément n. 40 (A/58/40), Vol. II, p. 105 point 8. V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 913/2000, *Chan c. Guyana* (31 octobre 2005), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 40 (A/61/40), Vol. II, p. 27 point 8.

⁽³⁴⁹⁾ V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 775/1997 : *Brown c. Jamaïque* (23 mars 1999), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (54ème session), Supplément n. 40 (A/54/40), Vol. II, p. 303 point 8. V. aussi Rapport du Comité des droits de l'homme, Communications Nos 839/1998, 840/1998 et 841/1998, *Mansaraj et consorts c. Sierra Leone, Gborie et consorts c. Sierra Leone, Sesay et consorts c. Sierra Leone* (16 juillet 2001), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (56ème session), Supplément n. 40 (A/56/40), Vol. II, p. 147 point 6.3. Le comité parfois invite parfois, de manière plus générale, à un « réexamen du verdict de condamnation et de la peine » : v. rapport du Comité de droits de l'homme, Communication no 1325/2004 : *Conde c. Espagne* (31 octobre 2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (62ème session), Supplément n. 40 (A/62/40), Vol. II, p. 196 point 9. V. aussi rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1310/2004, *Babkin c. Fédération de Russie* (3 avril 2008), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (63ème session), Supplément n. 40 (A/63/40), Vol. II, p. 92 point 15.

⁽³⁵⁰⁾ V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No. 701/1996 : *Gomez c. Espagne* (20 juillet 2000), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (55ème session), Supplément n. 40 (A/55/40), Vol. II, p. 117 point 13.

l'article 6 du Pacte : en conséquence, il impose à l'Etat de commuer la peine de mort comme forme de réparation.³⁵¹ Lors de la constatation de l'illégalité des confiscations prises en méconnaissance de l'article 26 du Pacte, le Comité a précisé que l'Etat doit restituer le bien ou indemniser la victime « si la restitution est impossible ».³⁵² Encore, à la suite de révocation des juges des certains magistrats par un décret ministériel édicté en infraction des règles constitutionnelles internes, le Comité, en estimant la violation de l'article 14 paragraphe 1 du Pacte qui assure l'impartialité du pouvoir judiciaire, a précisé que le recours utile consiste dans la « réintégration effective dans la fonction publique ».³⁵³

Comme on peut constater, l'approche du Comité au sujet de la réparation est très variée ; il suit néanmoins la même démarche logique de la Cour EDH. En effet, lorsque le Comité précise la portée du recours utile, il suppose que la règle conventionnelle s'adresse directement aux individus. Autrement, il ne serait pas possible de soutenir que le recours utile impose à l'Etat un événement à réaliser à bénéfice d'un individu alors que la règle violée ne lui s'adresse directement.

(³⁵¹) V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1406/2005 : *Weerawansa c. Sri Lanka* (17 mars 2009), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (64ème session), Supplément n. 40 (A/64/40), Vol. II, p. 187 point 7.2 et p. 188 point 9. Il faut préciser que le paragraphe 2 de l'article 6 règle de manière très stricte les conditions dans lesquelles une peine de mort peut être infligée par les Etats.

(³⁵²) Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No 586/1994 : *Joseph Frank Adam c. République tchèque* (23 juillet 1996), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (51ème session), Supplément n. 40 (A/51/40) Vol. II, p. 180 point 13.2. V. aussi Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication No. 747/1997, *Des Fours Walderode c. République tchèque* (30 octobre 2001), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (57ème session), Supplément n. 40 (A/57/40), Vol. II, p. 85 point 9.2. V. aussi rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1463/2006 : *Gratzinger c. République tchèque* (25 octobre 2007), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (63ème session), Supplément n. 40 (A/63/40), Vol. II, p. 256 point 9

(³⁵³) V. Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication n° 933/2000, *Adrien Mundy Busyo, Thomas Osthudi Wongodi, René Siby Matubuka et consorts c. République démocratique du Congo* (31 juillet 2003), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (58ème session), Supplément n. 40 (A/58/40), Vol. II, p. 216 point 6.2

§2 – Le caractère immédiat du PIDESC à l'égard des recommandations du Comité

Au cours des travaux préparatoires du PIDCP et du PIDESC, plusieurs problèmes se posèrent en ce qui concerne la rédaction des règles portant sur la réalisation des droits énoncés dans les deux conventions. La formulation très hypothétique du paragraphe 2 de l'article 2 du PIDCP, dans la mesure où il impose aux Etats d'adopter, « as may be necessary », les « mesures d'ordre législatif ou autre propres à donner effet aux droits » reconnus dans la convention « where not already provided for by existing legislative or other measures », montre clairement que l'adoption des lois n'est qu'un moyen pour remplir les engagements internationaux.³⁵⁴ En conséquent, le caractère non

(³⁵⁴) Le Royaume-Uni avait cependant proposé de remplacer cette règle par une formule plus simple, visant à spécifier que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à garantir à tous les individus relevant de leur juridiction les droits définis dans le présent Pacte », en accompagnant le dépôt de l'instrument de ratification avec une déclaration « aux termes de laquelle la législation de cet Etat donne plein et entier effet aux dispositions du Pacte ». V. Conseil économique et social, *Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme*, U.N. Doc. E/CN.4/374. Comme expliqué pendant la discussion générale, cet amendement avait pour but d'éviter une « innovation » dans la pratique internationale. En effet, la formulation de l'article 2, objet de la discussion, aurait consenti aux Etats de « donner la priorité à l'étude d'autres questions législatives intérieures », en remettant « à plus tard les mesures destinées à aligner leur législation sur le Pacte » ; ou, encore, il y aurait le risque que les « Etats de mauvaise foi ratifient le Pacte, sachant qu'on leur ne demandera pas de modifier immédiatement leur législation et sans avoir la moindre intention de jamais l'amender ». Comme on voit, le point de vue anglais est ici fortement dualiste, du fait que seulement par l'entremise de la législation interne une convention internationale peut déployer tous ses effets dans l'ordre interne, d'autant plus dans les cas où elle attribuerait des droits aux individus. On voit donc que, dans la vision anglaise, la législation interne est conçue comme un moyen toujours *nécessaire* pour respecter la Convention. En effet, « dans la pratique, les Etats qui, dans l'ensemble approuvent les dispositions d'une convention, la signent pour donner un gage de leurs intentions, sans préjudice des réserves ». Ensuite, « ces Etats étudient [...] les répercussions de la convention sur leur législation intérieure et apportent à cette législation les modifications nécessaires ». Enfin, « le stade final est la ratification solennelle de la convention, qui la met immédiatement en vigueur sur le territoire de la partie contractante, à moins que la convention elle-même ne contienne une disposition particulière concernant la date de l'entrée en vigueur ». En s'opposant à ces considérations, les Etats Unis avaient souligné que cette approche anglaise était due au fait que « en Grande-Bretagne seuls les actes législatifs du Parlement, portant application des obligations du Pacte, seraient exécutoires » et que, en conséquent, « la mise en harmonie de la législation intérieure n'est pas une condition qu'un Etat est tenu de remplir avant de s'engager sur le plan international ». V. Conseil économique et social, *Compte rendu de la 138^{ème} séance* - *Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme*, U.N. Doc. E/CN.4/SR. 138, p. 6, 12 et 14.

immédiatement contraignant des obligations internationales ainsi contractées ne peut point être tiré seulement du constat de l'existence d'une telle clause d'exécution. Différemment à la clause « respect-ensure » du PIDCP, la formulation du paragraphe 1 de l'article 2 du PIDESC évoque un caractère d'élasticité dans le respect des obligations conventionnelles, dans la mesure où il engage chaque Etat à agir « en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits ». ³⁵⁵ En effet, plusieurs pays partagèrent l'opinion d'une réalisation progressive des droits sociaux, économiques et culturels. Par exemple, on proposa d'adopter des ultérieurs Protocoles après la ratification de la convention principale qui auraient précisé le contenu des droits. ³⁵⁶ Des autres délégations remarquèrent qu'une énonciation trop détaillée des droits sociaux, économiques et culturels aurait été impossible vue l'hétérogénéité des Etats dans lesquels elle ils s'appliqueraient. ³⁵⁷ L'emploi de l'adverbe « progressivement » dévoile une véritable « obligation de s'efforcer » lorsqu'on examine le rapport définitif de la Commission des droits de l'homme adopté à l'occasion de la discussion générale sur le PIDESC. Une obligation « immédiate » parut impossible, la réalisation des droits sociaux, économiques et culturels dépendant de plusieurs facteurs, et donc de l'existence des circonstances que les Etats ne pourraient pas contrôler directement. En conséquence,

« eu égard au caractère des droits économiques, sociaux et culturels et au rapport entre la réalisation de ces droits et la situation économique et sociale des pays intéressés, ce serait manquer de réalisme que d'exiger de chacun des Etats parties au pacte qu'il fasse plus que "s'engager à agir", "au maximum de ses ressources disponibles" en vue "d'assurer progressivement" le plein exercice des droits reconnus dans le pacte ». ³⁵⁸

(³⁵⁵) V. SEIBERT-FOHR A., Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights Pursuant to its article 2 para. 2. *Max Planck yearbook of United Nations Law*, 2001, vol. 5, p. 405-407.

(³⁵⁶) V. Conseil économique et social, *Draft first International covenant on human rights and measures of implementation: economic, social and cultural rights*, U.N. Doc. E/CN.4/529, p. 6-7.

(³⁵⁷) V. Conseil économique et social, *Draft first International covenant on human rights and measures of implementation: economic, social and cultural rights*, op. cit., p. 13-16

(³⁵⁸) V. Conseil Economique et Social, *Rapport au Conseil économique et social sur la huitième session de la Commission, tenue à New-York, du 14 avril au 14 juin 1952*, U.N. Doc. E/CN.4/669, p. 14.

Toutes ces raisons poussèrent la Commission des droits de l'homme à ne pas insérer dans le PIDESC une norme similaire à celle de l'article 2 du PIDCP, en acceptant ainsi la suggestion des Etats Unis.³⁵⁹

Un ensemble d'indices permet ainsi d'exclure que les obligations contenues dans ce Pacte s'adressent directement aux individus. Premièrement, comme il a été reconnu, la décision de formuler des articles « brefs et de caractère général » ; ensuite, le manque d'une règle imposant aux Etats de garantir un « recours effectif », remplacée par la mise en place d'un système d'examen « de rapports périodiques concernant les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits » ; enfin la teneur de l'obligation générale de s'efforcer, sans la fixation d'aucun délai.³⁶⁰

Ces aspects peuvent être relevés dans les décisions que le Comité du PIDESC a émané en examinant les rapports périodiques des Etats sur l'exécution de ce traité. Dans le souci d'établir le caractère immédiat des obligations conventionnelles, le Comité s'est servi du concept de « justiciability », en abordant le problème de l'applicabilité directe de ces droits. Cette interprétation a été élaborée pour confirmer *a posteriori* l'instantanéité des obligations du PIDESC. En effet, on peut relever une tendance à interpréter ces obligations comme "de diligence", de "s'efforcer" vers la réalisation d'un droit, notamment en raison de leur caractère "flou". Mais comment pourrait-on soutenir que la reconnaissance d'un droit aux individus dépend d'un "effort" de l'Etat ? On peut repérer deux stades de développement dans l'interprétation faite au PIDESC : d'abord le Comité a établi l'effet direct des certaines règles du PIDESC (b) ; ensuite, il a généralisé cette considération (b). Enfin, on abordera la question de la "définition" de l'obligation de diligence (c).

a) L'approche limitée : l'invocabilité de certaines règles du PIDESC.

Moyennant le « General Comment » n. 3 du 1991 le Comité a soutenu que l'obligation des Etats à « faire des pas » vers la réalisation progressive des droits

⁽³⁵⁹⁾ V. Conseil Economique et Social, *Rapport au Conseil économique et social sur la huitième session de la Commission, tenue à New-York, du 14 avril au 14 juin 1952*, op. cit., p. 15.

⁽³⁶⁰⁾ V. Commentaire du texte des projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée Générale* (10ème session), Annexes, U.N. Doc. A/2929, p. 21

conventionnels était immédiate. Bien que dans les intentions des rédacteurs du Pacte la réalisation progressive des droits économiques, sociaux et culturels exprimât une obligation de s'efforcer, et donc de diligence dans son acceptation de droit civil, le Comité a néanmoins interprété l'obligation « to take step » comme une obligation de résultat « partiel ». En effet,

« while the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards that goal must be taken within a reasonably short time after the Covenant's entry into force for the States concerned. Such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognized in the Covenant »³⁶¹

Il a ainsi fixé un délai (« a reasonable time ») pour la réalisation de cette obligation. Avec un raisonnement *ab absurdo*, le Comité a souligné que si le Pacte n'imposait au minimum le respect d'une « minimum core obligation, it would be largely deprived of its *raison d'être* ». ³⁶² Cette interprétation *utile* de l'article 2 prétend de confirmer le caractère immédiat des obligations énoncées dans la convention, puisque « the realization over time, or in other words progressively, [...] should not be misinterpreted as depriving the obligation of all *meaningful* contents ». ³⁶³ Il s'agit donc d'appliquer le principe *ut res magis valeat quam pereat* pour vaincre la forte présomption de non juridicité immédiate de l'accord international.

En second lieu, la référence à l'activité législative, contenue dans le paragraphe 1 de l'article 2 du PIDESC, ne peut pas être considérée « exhaustive », puisque l'appréciation du moyen apte à mettre en œuvre la Convention ressort toujours de la compétence du Comité. Comme on voit, la démarche logique est similaire à celle employée par la Cour EDH : il s'agit d'apprécier des comportements étatiques partiels qui sont orientés vers la réalisation d'un événement (la jouissance partielle d'un droit). Parmi ces moyens, le Comité mentionne le devoir de garantir aux individus un droit d'action pour faire valoir la violation de certains droits conventionnels, comme, par exemple, le droit à l'éducation

(³⁶¹) V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur la 5^{ème} session, *Documents Officiels du Conseil Economique et Social*, Supplément n. 3 (E/1991/23), p. 83 point 2.

(³⁶²) V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur la 5^{ème} session, *op. cit.*, p. 86 point 10.

(³⁶³) V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur la 5^{ème} session, *op. cit.*, p. 85 point 9.

ou le droit de grève, estimés « capable of immediate application by judicial and other organs in many national legal systems ».³⁶⁴ Pour résoudre la question du caractère immédiat de l'obligation, le Comité a impartit aux Etats un délai pour la mise en œuvre de la convention et il retenu *motu proprio* la nature immédiate de certaines obligations, même en défaut d'une règle qui impose de garantir un remède. A la suite de ces considérations, le Comité a reproché aux juges belges de n'avoir pas admis l'applicabilité directe du PIDESC par rapport au droit de grève et au droit à l'éducation « capable of immediate application by judicial and other organs in many national legal systems », bien qu'aux normes du PIDCP et de la Charte Sociale Européenne cette qualité eussent été reconnue dans l'ordre interne de ce pays.³⁶⁵

D'ailleurs, en soulignant que certaines règles du PIDESC pouvaient être directement applicables, en tant qu'exprimant des « droit parfaits » exactement comme pour le PIDCP, le Comité partagea l'opinion d'une certaine doctrine, qui avait déjà soutenu souligné la possibilité d'appliquer directement certaines normes du PIDESC.³⁶⁶ Il faut noter qu'au cours des travaux préparatoires le Secrétariat Général avait proposé d'exclure du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 2 du PIDESC la liberté d'association syndicale et le droit de parents au respect de leur croyance, dont la réalisation ne dépendrait de la disponibilité financière des Etats.³⁶⁷ Toutefois, cette proposition ne fut pas retenue lors de l'adoption du texte définitif de l'accord. En effet, en l'esprit des rédacteurs de deux conventions, les droits économiques, sociaux et culturels se

(³⁶⁴) V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur la 5^{ème} session, *op. cit.*, p. 84 point 5.

(³⁶⁵) V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 10^{ème} et 11^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 3 (E/1995/22), p. 35 point 146. V. aussi les recommandations aux Pays Bas et à la Suisse par rapport à l'applicabilité directe contenues dans Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 18^{ème} et 19^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2 (E/1999/22), p. 139 point 177 et p. 62 point 348.

(³⁶⁶) V. CAPOTORTI F., *Patti internazionali sui diritti dell'uomo*. Padova : Cedam, 1967, p 12-13, 18. Cet auteur retint directement applicables la liberté d'association syndicale, le droit à des conditions de travail équitables, le droit à la protection familiale et aux libertés d'éducation et de la culture (les articles 7c-d, 10 n. 1-3, 13 n. 3-4, 15 n. 3).

(³⁶⁷) V. Conseil économique et social, *Projet des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre – Mémoire du Secrétaire Général*, U.N. Doc. E/CN.4/673, p. 2.

distinguent des droits civils et politiques dans la mesure où ils ne peuvent être réalisés que par une action positive par l'Etat. Au contraire, les droits civils et politiques imposent à l'Etat plutôt des obligations négatives, d'abstention. Persuadés par cet argument, les organes des Nations Unies, chargés de la mise en œuvre de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, avaient décidé de regrouper les deux catégories de droits dans deux conventions séparées.³⁶⁸ En effet, des auteurs avaient estimé que les droits du PIDESC n'étaient pas directement applicables en tant que « programmatiques » et incapables même d'être définis par une loi : par conséquent, seulement dans des cas tout à fait exceptionnels la violation de ces droits pourraient être alléguée par les justiciables, par exemple lorsque l'Etat garantit déjà la prestation qui est le contenu du droit.³⁶⁹

b) La nouvelle approche.

Dans un second temps, pour mieux préciser l'obligation des Etats de garantir un remède aux individus, le Comité a adopté une position différente dans son « Observation générale » n. 9 du 1998 sur l'application interne de la Convention. D'un côté, il a de nouveau précisé que les Etats doivent prévoir un recours interne contre les violations des droits économiques, sociaux et culturels, bien que le Pacte n'engage point les Etats à le garantir. A ce sujet, le Comité a tracé une présomption : le recours utile est toujours approprié à moins que l'Etat ne montre qu'il est superflu « compte tenu des autres

⁽³⁶⁸⁾ V. JOSEPH S.; SHULTZ J.; CASTAN M., *The international covenant on civil and political rights: cases, materials, and commentary*. Oxford : Oxford University Press, 2005, pp. 7-8. Avec la Résolution 421 (V), l'Assemblée Générale exhorta pourtant la Commission à inclure la protection des droits économiques, sociaux et culturels dans la convention qui visait les droits civils et politiques, contrairement à ce que la Commission des droits de l'homme avait décidé durant la sixième session. V Commentaire du texte des projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme', *Documents officiels de l'Assemblée Générale* (10ème session), (A/2929), pp. 7-8. Par ailleurs, comme on a déjà vu par rapport à la Convention EDH, souvent même les obligations apparemment négatives – qui imposent aux Etats de ne pas réaliser un événement –, dans le cas des droits de l'homme sont très rares puisque souvent les conventions permettent aux Etats de les limiter dans certaines conditions. En conséquence, même en ce cas, l'obligation internationale impose de réaliser un résultat (l'événement : la limitation d'un droit) conforme aux règles conventionnelles.

⁽³⁶⁹⁾ V. VIERDAG E. W., The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, vol. 9, p. 83-94.

moyens utilisés ».³⁷⁰ Pour soutenir cette affirmation il s'est appuyé sur le principe de l'indivisibilité des droits humains. Dans la mesure où la question de « l'invocabilité », qui concerne les limites du pouvoir judiciaire, se distingue de « l'application directe », qui dénote la capacité d'une norme d'être appliquée sans ultérieures mesures d'exécution, le Comité conclut que :

« il n'existe dans le Pacte aucun droit qui ne puisse être considéré, dans la grande majorité des systèmes, comme comportant au moins quelques aspects importants qui sont invocables ».³⁷¹

Ainsi, le Comité a créé une autre présomption : les juges sont tenus, en règle générale, à appliquer les droits économiques, sociaux et culturels à moins que des mesures d'exécution spécifique ne soient nécessaires. En conséquence, le problème de savoir si la norme s'adresse directement aux individus doit être résolu par les juges-mêmes, compte tenu qu'aucun obstacle de droit interne leur s'opposerait puisque :

« l'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait, par conséquent, arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'homme ».³⁷²

En application de cette « Observation générale », le Comité a étendu l'obligation de garantir un remède à tous les droits économiques, sociaux et culturels, vu le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'homme.³⁷³

⁽³⁷⁰⁾ V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 18^{ème} et 19^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2 (E/1999/22), p. 118 point 3.

⁽³⁷¹⁾ V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 18^{ème} et 19^{ème} sessions, op. cit., p. 120 point 10.

⁽³⁷²⁾ V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 18^{ème} et 19^{ème} sessions, op. cit., p. 121.

⁽³⁷³⁾ V. les recommandations faites à l'Irlande et à la République Tchèque: Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 28^{ème} et 29^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2 (E/2003/22), points. 137 et p. 25 point 75. V. aussi les recommandations à l'Italie (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 32^{ème} et 33^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2 (E/2005/22), point 440) et à la Norvège (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 34^{ème} et 35^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil*

Malgré l'apparent caractère péremptoire de cette observation, le Comité est bien conscient de sa fragilité théorique. De ce point de vue, l'examen des rapports des Etats montre l'importance premièrement attribuée par le Comité à l'obligation d'incorporer les normes du PIDESC dans le droit interne. Par exemple, le Comité a exhorté des Etats à rendre le Pacte une « source de droit interne », ³⁷⁴ de façon qu'il puisse être appliqué au cours d'un procès « quel que soit le moyen choisi pour incorporer le droit international dans l'ordre juridique interne », étant donné que, après la ratification d'un traité, chaque Etat doit l'exécuter et en garantir le « plein effet dans son ordre juridique interne ». ³⁷⁵ Il semble alors que les normes du Pacte, une fois introduites dans l'ordre interne et devenues obligatoires pour tous, pourraient, pour cette seule raison, être directement appliquées. Ces remarques sont en partie fondées sur la prémisse que l'incorporation, en rendant « contraignante » du point de vue interne une règle, permettrait son applicabilité directe. ³⁷⁶ Toutefois, on néglige l'aspect fondamental de la question, à savoir la

économique et social, Supplément n. 2 (E/2006/22), point 350). V. aussi DENNIS M. J; STEWART D. P., Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health? *American Journal of International Law*, 2004, vol. 98, p. 491-494.

- (³⁷⁴) V. les recommandations aux Pays Bas et au Tadjikistan : Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 36^{ème} et 37^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2 (E/2007/22) p. 66 point 483 et p. 80 point 589.
- (³⁷⁵) Dans les recommandations au Royaume Uni, on peut noter ces trois points. En premier lieu, le Comité « urges the State party to ensure that the Covenant is given full legal effect in its domestic law »; deuxièmement, il affirme que « the Covenant rights are made justiciable » et, enfin, que « effective remedies are available for victims of all violations of economic, social and cultural rights ». V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 42^{ème} et 43^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2 (E/2010/22), p. 44 point 240. V. aussi Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 38^{ème} et 39^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2 (E/2008/22), point 333 ; V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 32^{ème} et 33^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2 (E/2005/22), point 200 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 25^{ème}, 26^{ème}, 27^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2 (E/2002/22), point 862.
- (³⁷⁶) La confusion conceptuelle du Comité a cet égard a été souligné par plusieurs auteurs : v. notamment SEPÚLVEDA M., *The Nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, op. cit., p. 343-348.

formulation très « floue » de l'obligation de « réaliser progressivement » les droits économiques, sociaux et culturels.

c) La définition de l'obligation de diligence.

On a vu que le Comité du PIDESC, en imposant aux Etats d'incorporer la Convention, s'est aligné aux décisions du Comité du PIDCP.³⁷⁷ Il faut néanmoins remarquer que la pratique du Comité du PIDCP est justifiée par le fait que cette convention impose déjà de reconnaître immédiatement les droits y énoncés.³⁷⁸ A cet égard, les obligations du PIDESC apparaissent tout à fait programmatiques ou promotionnelles.³⁷⁹ En cet aspect donc se concrétise le véritable à résoudre : d'abord, le Comité a imparti aux Etats un bref délai pour l'accomplissement des « pas » partiels ; ensuite, il a affirmé que tous les justiciables peuvent invoquer la violation de ces droits devant les autorités nationales. Or, apparemment il y a une contradiction, lorsqu'on soutient que les individus sont bénéficiaires d'un droit, dont la méconnaissance peut être alléguée dans un procès et, en même temps, que l'Etat n'est tenu qu'à la réalisation progressive de ces droits.³⁸⁰ Un droit existe ou n'existe pas, il ne peut pas être l'objet d'un "effort" étatique. D'ailleurs, même les auteurs qui affirment l'effet direct des normes du PIDESC ont admis que ni des travaux préparatoires ni de la lecture du paragraphe 1 de l'article 2 découlerait une obligation pour les Etats d'incorporer ou d'exécuter le Pacte dans un délai fixé ou de rendre directement applicable les droits, bien que ces auteurs

(³⁷⁷) Depuis le début des années '90, le Comité qui veille à l'exécution du PIDCP recommande aux Etats d'incorporer la Convention. V. SEIBERT-FOHR A., *Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights Pursuant to its article 2 para. 2*, *op. cit.*, p. 434-437.

(³⁷⁸) V. TOMUSCHAT C., *National Implementation of International Standards on Human Rights*, *op. cit.*, p. 35.

(³⁷⁹) Bien qu'ils admettent que le PIDESC ne confère pas des véritables droits individuels, toutefois des auteurs estiment qu'il énonce des « promotionnal obligations ». D'ailleurs, on admet aussi l'existence des droits directement applicables, qui n'ont pas besoin de mesures d'exécution. V. TOMUSCHAT C., *Human Rights: Between Idealism and Realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 39-41.

(³⁸⁰) L'opinion selon laquelle les droits économiques, sociaux et culturels sont trop imprécis pour être appliqués directement par les juges et incapables d'engager l'Etat à les respecter a été critiquée par V. VAN HOOFF G. J. H., *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : A Rebuttal of Some Traditional Views. Right to Food* / ed. par Philip ALSTON, Katarina TOMAŠEVSKI. Netherlands Institute of Human Rights: 1984, p. 101-102.

n'aient jamais douté du caractère contraignant et immédiat des obligations.³⁸¹ En effet on a toujours souligné que la seule obligation immédiate est celle de « take steps » pour la réalisation des droits.³⁸²

Cette affirmation a été réitérée pendant les travaux préparatoires du Protocol Additionnel du PIDESC, adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 2008. Dans le rapport final de ce Protocol, qui permet aux individus d'avoir recours au Comité, émerge que les Etats sont soumis à une « obligation immédiate » d'adopter « mesures résolues, concrètes et précises [...] pour progresser sur la voie de la réalisation des droits ».³⁸³ Il faut remarquer qu'une telle affirmation ne se limite qu'à paraphraser le texte de la règle conventionnelle, en laissant de côté le rapport parmi cette obligation immédiate et la possibilité des individus de se prévaloir des droits du Pacte. En effet, comme souligné dès le début des années '90 :

« aussi longtemps que la majorité des dispositions du Pacte [...] ne seront pas *minutieusement* analysées en vue de l'établissement d'une jurisprudence à l'échelle internationale, il est hautement improbable qu'elles le soient à l'échelle nationale ».

Cela est dû au fait que :

« les dispositions qui sont formulées en des termes très généraux [...] ont fort peu de chances d'être considérées par les autorités nationales comme pouvant se prêter à une application judiciaire ou administrative en l'absence de textes législatifs énonçant plus clairement leurs implications au regard de l'ordre juridique interne ».³⁸⁴

(³⁸¹) V. ALSTON P., The Nature and Scope of States Parties: Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, 1987, vol. 9, p. 166-167 et p. 170-171. V. aussi CRAVEN M., The domestic application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Netherlands International Law Review*, 1993, vol. 40, p. 375 et suiv.

(³⁸²) V. ALSTON P., The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *op. cit.*, p. 166.

(³⁸³) V. Conseil économique et social, *Rapport du Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme* (E/2007/82), p. 6 point 18.

(³⁸⁴) V. Committee on economic, social and cultural rights, Report on the 7th session, *Economic and Social Council Official Records*, Supplement n. 2 (E/1993/22), p. 94-95, point 24. Italiques ajoutés.

Comme on voit, la tâche de l'organe internationale est de contribuer à la définition d'une obligation très floue, dans la mesure où l'événement exprimée par cette obligation est aspécifique "en l'absence de textes législatifs". On est face donc à l'hypothèse, très délicate, dans laquelle il n'y a pas d'effet direct puisque l'événement prescrit par l'obligation internationale apparaît tellement aspécifique pour les autorités nationales qu'ils doutent que la règle même soit contraignante du point de vue du droit international, jusqu'à une "analyse minutieuse" (v. introduction, en page 16). D'autre côté, d'autant plus la règle internationale sera incomplète par rapport à l'événement à réaliser, d'autant plus la marge d'exécution de la règle, dont les Etats disposent, sera large : en conséquent, la constatation d'une violation, l'individuation d'un "fait générateur" de la responsabilité, sera plus difficile.

D'ailleurs, le fait que le Comité impose aux Etats de garantir un niveau minimum dans la jouissance des droits (« minimum core obligation ») prouve que les obligations respectives se bornent à prescrire un degré de diligence ; autrement, la Convention aurait clairement fait mention du niveau minimum des droits à garantir immédiatement. Le texte même du Pacte ne peut qu'être de « limited guidance » par rapport à la question du contenu minimum des droits.³⁸⁵ En effet, dans son premier rapport, l'expert indépendant nommé pour le projet du Protocol mit en relief que l'obligation de réalisation progressive était une obligation de diligence (entendue dans son acception de droit civil de s'efforcer) et non de résultat,³⁸⁶ bien que cette position ait été fortement nuancée lors de la présentation du second rapport, dans lequel il affirma "d'essayer de définir avec exactitude [...] de véritables obligations mesurables et de traduire les dispositions du Pacte en autant d'engagements déterminés".³⁸⁷ De surcroît, la difficulté du Comité de

⁽³⁸⁵⁾ V. Conseil économique et social, Rapport du Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *op. cit.*, point 19.

⁽³⁸⁶⁾ V. Conseil économique et social, *Rapport de l'Expert indépendant sur la question d'un projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, U.N. Doc. E/CN.4/2002/57, p. 7 et suiv., points 16-20.

⁽³⁸⁷⁾ V. Conseil économique et social, Rapport de M. Hatem Kotrane, expert indépendant chargé d'examiner la question d'un projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, U.N. Doc. E/CN.4/2003/53, p. 9 et suiv. points 17-19. Tout en admettant que « les obligations contractées par les États au titre du Pacte se présentent le plus souvent, en raison de leur objet même, non pas comme des obligations de résultat, mais comme des obligations de moyen », l'expert indépendant néanmoins « se propose

constater une violation de l'obligation de réalisation progressive montre qu'il s'agit de diligence : en effet, il a été mis en évidence que presque jamais le Comité a appréciée une telle méconnaissance.³⁸⁸ D'ailleurs, le paragraphe 4 de l'article 8 du Protocol Additionnel affirme que le Comité est tenu à apprécier « the reasonableness of the steps taken by the State Party in accordance with part II of the Covenant » (en français : « le caractère approprié des mesures »). Ce paramètre, qui n'a pas d'analogue dans les autres conventions sur les droits de l'homme, montre que les Etats ont voulu limiter le pouvoir d'appréciation du Comité quant au constat de la violation des obligations de diligence. Cette solution de compromis est due à la difficulté d'apprécier la méconnaissance d'un droit pour la réalisation duquel les Etats devraient simplement "s'efforcer".³⁸⁹

D'autre part, en employant la tripartition conceptuelle parmi obligations de « respect, protect, fulfil », schéma élaboré à l'origine pour le droit à la nourriture,³⁹⁰ des auteurs ont affirmé qu'une règle est directement applicable lorsque l'Etat est lié par une obligation négative, de ne pas réaliser un événement (« duty to respect »), comme par

d'essayer de définir avec exactitude [...] de véritables obligations mesurables et de traduire les dispositions du Pacte en autant d'engagements déterminés, dont la violation, dans des cas particuliers, pourrait autoriser un recours au titre de la procédure de communications qui serait ouverte par le projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte ».

⁽³⁸⁸⁾ V. CHAPMAN A., *Violations Approach for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. *Human Rights Quarterly*, 1996, vol. 18, p. 31-32.

⁽³⁸⁹⁾ V. VANDENBOGAERDE A., VANDENHOLE W. *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process*. *Human Rights Law Review*, 2010, vol. 10, p. 223-226.

⁽³⁹⁰⁾ V. Economic and Social Council, *Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23, p. 11-14 points 11-69 ; p. 34 et suiv, points 170-181. Alors que «the obligation to respect requires the State, and thereby all its organs and agents, to abstain from doing anything that violates the integrity of the individual or infringes on her or his freedom», le Rapporteur note que «the obligation to protect requires from the State and its agents the measures necessary to prevent other individuals or groups from violating the integrity, freedom of action, or other human rights of the individual». Enfin, «the obligation to fulfil requires the State to take the measures necessary to ensure for each person within its jurisdiction opportunities to obtain satisfaction of those needs, recognized in the human rights instruments, which cannot be secured by personal efforts». Donc, l'obligation de «respect» demande la non réalisation d'un événement tandis que l'obligation de « fulfil » impose de réaliser un événement.

exemple dans le cas du paragraphe 3 de l'article 13.³⁹¹ En particulier, l'Etat est tenu à garantir immédiatement à tous les individus le droit d'accès à l'éducation sans discriminations et à respecter la liberté de choix des parents sans aucune interférence, malgré la formulation du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte.³⁹² Cette interprétation a été confirmée par le Comité du PIDESC lors de son 'Observation générale' n. 9 du 1998, dans laquelle il a indiqué comme directement applicables des obligations négatives. Par exemple, l'interdiction d'établir des différences entre le sexe des salariés (article 7 lettres [a] et [i]), l'interdiction d'entraver les activités syndicales (article 8), certaines règles sur les droit d'éducation (article 13 paragraphes 2 [a], 3 et 4) et la défense d'entraver la liberté de recherche et de création artistique (article 15 paragraphe 3).³⁹³

Il est pourtant difficile d'apercevoir comment le paragraphe 2 [a] de l'article 13 puisse prévoir toujours une abstention, lorsqu'il engage les Etats à garantir l'enseignement primaire gratuit à tous. En effet, à son tour l'article 14 impose aux Etats, qui n'ont encore un tel système d'éducation le devoir d'adopter un « plan détaillé des mesures nécessaires pour réaliser progressivement [...] la pleine application du principe

(³⁹¹) Le paragraphe 2 [a] de l'article 13 du PIDESC se lit comme suit: « les Etats parties au présent Pacte reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice de ce droit l'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible gratuitement à tous ». Ensuite, le paragraphe 3 impose aux Etats de « respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'Etat en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions ». Le paragraphe 4 précise que: « aucune disposition du présent article ne doit être interprétée comme portant atteinte à la liberté des individus et des personnes morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, sous réserve que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient observés et que l'éducation donnée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales qui peuvent être prescrites par l'Etat »,

(³⁹²) V. LIEBENBERG S., *The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal System. Economic, Social and Cultural Rights* / ed. par Asbjørn EIDE, Catarina KRAUSE and Allan ROSAS. 2e éd. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 78. V. le point n. 6 des Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, 1998, vol. 20, p.691-705. Pour ce qui concerne cette règle, on a observé que l'Etat n'est pas tenu à l'adoption d'aucune mesure d'exécution mais seulement au respect de la liberté des individus. V. TOMUSCHAT C., *Human Rights: Between Idealism and Realism*, op. cit., p. 39.

(³⁹³) V. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 18^{ème} et 19^{ème} sessions, op. cit., p. 118 point 3.par. 10.

de l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous ». En conséquent, une obligation négative existerait seulement à la charge des Etats qui disposent déjà d'un système scolaire primaire pour tous. La constatation de la violation d'une règle dépendrait essentiellement du niveau de développement de l'Etat auquel la violation est reprochée. Autrement, les Etats qui n'ont pas un tel système scolaire violeraient le Pacte dès son entrée en vigueur. Le profond déséquilibre dans l'application de la convention a poussé les rédacteurs à formuler des obligations floues, énoncées en termes de diligence. Face à ce constat, il est évident que la fixation de « minimum core obligations » est la tentative de surmonter cet obstacle, en imposant une application uniforme du Pacte à tous les Etats parties « regardless of their level of development ».³⁹⁴

Par ailleurs, la lecture des réponses données aux rapports étatiques permet d'apercevoir que le Comité exhorte toujours les Etats à faire « vigorous steps », et donc à tenir des comportements positifs pour réaliser le droit. Il y a peu d'espace pour les obligations d'abstention. Par exemple, le Comité a imposé aux Etats d'encourager la participation des enfants à la vie culturelle et aux activités éducatives ;³⁹⁵ ou de soutenir les écoles des minorités en leur élargissant des aides publiques;³⁹⁶ ou, encore, de consentir l'enseignement de la langue officielle aux enfants appartenant à une minorité ;³⁹⁷ de réduire la différence parmi les rendements des enfants de nationalité et ceux appartenant à une minorité par l'enseignement de la langue nationale et une composition mixte des classes.³⁹⁸ Parmi les obligations négatives, le Comité a exhorté les Etats à ne pas isoler les enfants d'une minorité dans des classes séparées.³⁹⁹

(³⁹⁴) SEPÚLVEDA M., *The Nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, op. cit., p. 378.

(³⁹⁵) Pour ce qui concerne les minorités tsiganes de la Roumanie, v. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 10^{ème} et 11^{ème} sessions, op. cit., p. 28 point 97.

(³⁹⁶) Pour la minorité coréenne au Japon, v. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 25^{ème}, 26^{ème} et 27^{ème} sessions, op. cit., p. 88 point 611.

(³⁹⁷) Par rapport aux minorités turques et rom en Grèce, v. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Rapport sur les 32^{ème} et 33^{ème} sessions', précité, p. 34 point 170.

(³⁹⁸) V. la recommandation au rapport du Royaume Uni : Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Rapport sur les 42^{ème} et 43^{ème} sessions', précité, p. 49 point 263.

(³⁹⁹) Sur la minorité rom en Macédonie, v. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 'Rapport sur les 36^{ème} et 37^{ème} sessions', précité, p. 78 point 566.

Si toutefois on rapproche la formulation du paragraphe 3 de l'article 13 du PIDESC au contenu de l'article 2 du Protocol Additionnel de la Convention EDH, on s'aperçoit que les deux règles sont rédigées de manière similaire. En effet, la règle se lit comme suit :

« nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

Or, la Cour EDH n'a jamais affirmé qu'il s'agisse d'une obligation « progressive » ou de « diligence ». Par ailleurs, tout en admettant que l'article 2 du Protocol Additionnel n'envisage pas un véritable « droit social », et qu'en conséquence l'Etat n'est pas obligé de créer des instituts éducatifs comme les paragraphes 1-3 de l'article 13 du PIDESC imposent, la Cour a tiré de cette règle des obligations positives.⁴⁰⁰ En effet la formulation négative de l'obligation n'exclut pas que l'Etat 'has no positive obligation to ensure the respect of such a right'. En particulier, bien que le droit à l'éducation soit interprété comme un droit d'accès à une école déjà existante « à un moment donné », cela n'a pas empêché la Cour de dégager un événement ultérieur d'après la technique de l'effet utile :

« Pour que le "droit à l'instruction" produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque État et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies ».⁴⁰¹

Les événements sont donc deux : l'Etat ne doit pas nier l'accès à l'éducation et il doit veiller à ce que cette éducation soit impartie en respectant les croyances des parents. En ce qui concerne le premier aspect, il s'agirait plutôt d'un événement à ne pas réaliser (l'exclusion du système éducatif), et donc d'une interdiction pesant sur l'Etat. En effet, la Cour EDH vérifie les comportements tenus par les Etats qui ont entravé l'accès à l'éducation aux individus : par exemple, elle a condamné la Russie pour avoir empêché

⁽⁴⁰⁰⁾ V S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (Cedam: Padova, 2001), p. 832. V. aussi HARRIS D. J.; O'BOYLE M.; WARBRICK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 709.

⁽⁴⁰¹⁾ V. *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, § 3-4, série A no 6, p. 28.

l'accès à l'éducation d'un enfant à motif du séjour irrégulier des parents.⁴⁰² Dans des autres affaires, la Cour a jugé non conforme à la Convention EDH le fait d'avoir exclu le requérant du système scolaire à la suite d'une sanction disciplinaire, jugée déraisonnable, prise à son encontre.⁴⁰³

D'autre côté, par ailleurs, en ce qui concerne le droit des parents au respect de leurs croyances philosophiques ou religieuses, la Cour a établi deux ultérieures obligations à la charge des Etats : celle, négative, de ne pas imposer des programmes scolaires dirigés uniquement à l'endoctrinement et celle, positive, de veiller à que les connaissances soient diffusées de façon objective, critique et pluraliste.⁴⁰⁴ Ces obligations ne sont pas limitées à la fonction didactique, mais aussi à tous les aspects liés à l'éducation. La Cour a ainsi apprécié les modalités de déroulement des programmes scolaires et la faculté des parents, une fois introduit l'enseignement religieux, d'obtenir une exemption pour leurs enfants : en effet, la Cour a condamné un Etat de n'avoir pas prévu une telle faculté pour les parents.⁴⁰⁵ Elle a aussi condamné la pratique de ne pas garantir à une minorité l'enseignement dans sa propre langue à cause d'une grande distance géographique des établissements scolaires.⁴⁰⁶ La Cour EDH a tiré de l'art. 13 de la Convention, formulé en termes négatifs, des obligations positives dont le caractère immédiat n'a jamais été contesté par les Etats. En effet, de l'analyse des rapports du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe, qui contrôle l'état d'exécution des arrêts de la Cour, on constate que les Etats exécutent les arrêts de la Cour en mettant en œuvre les actions positives requises : par exemple, à la suite de l'affaire *Folgerø and others*, la Norvège a conféré aux parents la faculté de dispenser leurs enfants de l'enseignement religieux et a réformé les programmes scolaires d'après les suggestions de la Cour.⁴⁰⁷ Tout cela montre que la

⁽⁴⁰²⁾ V. *Timichev c. Russie*, n^{os} 55762/00 et 55974/00, § 66, CEDH 2005-XII.

⁽⁴⁰³⁾ V. *Mürsel Eren c. Turquie*, n^o 60856/00, § 50-52, CEDH 2006-II ; *İrfan Temel et autres c. Turquie*, n^o 36458/02, § 46, 3 mars 2009 ; *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 février 1982, § 41, série A n^o 48.

⁽⁴⁰⁴⁾ V. *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 53, série A n^o 23.

⁽⁴⁰⁵⁾ V. *Folgerø et autres c. Norvège* [GC], n^o 15472/02, § 102, CEDH 2007-III. V. *Hassan et Eylem Zengin c. Turquie*, n^o 1448/04, § 76, 9 octobre 2007.

⁽⁴⁰⁶⁾ V. *Chypre c. Turquie* [GC], no 25781/94, § 277-278, CEDH 2001-IV.

⁽⁴⁰⁷⁾ V. Council of Europe. Committee of Ministers, Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights : 3rd annual report 2009 (Council of Europe: 2010), p. 177.

question du caractère immédiat de l'obligation internationale ne dépend pas *nécessairement* de l'énonciation de l'obligation, mais du fait que la Convention entière soit immédiatement contraignante. En dernière analyse, il faut toujours interpréter préalablement la volonté des Etats et découvrir s'ils ont voulu reconnaître aux individus des droits sans aucun délai.

Section 3. L'effet direct de la règle secondaire.

Si l'événement de la règle primaire conventionnelle, qui s'adresse aux individus, ne s'est pas produit, il se pose souvent la question de savoir quelles conséquences, du point de vue du droit général, découlent d'une telle méconnaissance, au cas où la convention rien dirait à cet égard. Il faudrait donc comprendre si, et dans quelle mesure, la norme secondaire de droit international général peut s'adresser aux individus, lorsqu'une norme primaire conventionnelle prescrit un événement à leur bénéfice. En effet, il arrive que les juges, tout en constatant la violation de la norme internationale, ne peuvent que tirer les conséquences prévues pour la violation des pareilles normes internes, le droit international ne prévoyant pas des conséquences spécifiques pour la violation des obligations visant les individus. Il a donc une sorte de décalage : le droit international exige des Etats de parvenir à un résultat (la reconnaissance d'un droit) mais, quand ce résultat n'est pas atteint et le droit est violé, il ne fournit pas aucune règle spécifique capable d'y remédier sur le plan du droit international général.

A ce point, il faut examiner la « saving clause » énoncée dans l'article 33 paragraphe 2 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite.⁴⁰⁸ En particulier, la deuxième partie de ce projet envisage les conséquences de la violation d'une obligation internationale primaire. Ces normes secondaires (réparation, cessation du fait illicite etc.), d'après le paragraphe 1 de l'article 33,

« peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée ».⁴⁰⁹

A cet égard, le commentaire précise que

⁽⁴⁰⁸⁾ Pour les remarques qui suivent, v. notamment GATTINI A., Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica. *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione* / ed. par Marina SPINEDI, Alessandra GIANELLI, Maria Luisa ALAIMO. Milano : Giuffrè, 2006, p. 431-466.

⁽⁴⁰⁹⁾ V. Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : Commentaire général, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), p. 101.

« l'identification de l'État ou des États auxquels les obligations de l'État responsable en vertu de la deuxième partie sont dues est fonction à la fois de la règle primaire établissant l'obligation violée et des circonstances de la violation ». ⁴¹⁰

Cela signifie qu'il faut d'abord apprécier « la nature et le contenu » de l'obligation primaire pour identifier les Etats-créanciers de la règle violée : en conséquence, à ces entités sera due aussi l'obligation secondaire de réparation. Il s'agit d'une conséquence *automatique* : le créancier de l'obligation primaire sera ainsi le destinataire de la règle de réparation.

Or, la réponse à la question de savoir qu'est-ce qu'il se passe lorsque la norme primaire vise la réalisation d'un événement à bénéfice d'un individu est donnée par le paragraphe 2 de l'article 33. D'après cette règle, le fait que les entités étatiques soient titulaires du droit à la réparation est « sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État ». Le commentaire de cet article spécifie que si la réparation est généralement due à un Etat, cela n'entraîne pas que *de manière automatique* la réparation soit « nécessairement effectuée au bénéfice de cet État », notamment lorsque la règle primaire énonce des droits individuels, donc des événements au profit d'un individu. En effet,

« la responsabilité d'un État peut être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme [...] mais les individus concernés doivent être considérés comme les bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les *titulaires*, des droits en question ». ⁴¹¹

Cette démarche logique repose sur la prémisse que si les individus bénéficient de l'événement prescrit par la règle primaire, alors les autres Etats n'en sont pas les « véritables » créanciers : en conséquence, la règle secondaire s'adresse aux individus, en tant que « titulaires » du droit à la réparation, « en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée ». A ce point, on peut tirer la règle suivante :

(⁴¹⁰) V. Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : Commentaire général, *op. cit.*, p. 101 point 1).

(⁴¹¹) V. Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : Commentaire général, *op. cit.*, p. 101 point 3).

« bénéficiaires de l'événement que l'obligation primaire énonce → titularité de l'obligation primaire → titularité du droit à la réparation ».

Toutefois, la troisième partie du projet d'article précise les conditions dans lesquelles les Etats, et non les individus, peuvent invoquer la violation d'une règle primaire, en possédant un droit d'action pour engager la responsabilité d'un autre Etat. Le droit d'action ressort à l'Etat créancier de l'obligation primaire violée, en tant que « lésé » ou « specially affected » (l'article 42) ou, lors de la violation d'une obligation *erga omnes*, aux Etats qui n'ont pas été formellement lésés (article 48). En conséquence, il faut retenir cette règle : « titularité de l'obligation primaire → droit d'action », puisque la titularité du droit d'action dépendrait de la titularité de l'obligation primaire violée.

Lorsque les deux normes sont réunies, il en ressort le syllogisme qui suit : « bénéficiaires de l'événement que l'obligation primaire énonce → titularité de l'obligation primaire (→ titularité du droit à la réparation) → droit d'action ». On pourrait donc déduire que les individus pourraient toujours invoquer la violation d'une règle internationale lorsque l'événement qu'elle prescrit de réaliser est à leur bénéfice : par la suite, ils seront ainsi les titulaires du droit à la réparation, cette règle découlant de la titularité de l'obligation primaire. En effet,

« 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 États peuvent invoquer la responsabilité en leur nom propre ».⁴¹²

Par ailleurs, d'après la teneur du projet d'articles, cette « détermination » est faite en repérant simplement le bénéficiaire de l'événement que l'obligation internationale impose de réaliser. Toutefois, le commentaire de l'article 33 ne partage entièrement cette conclusion, dans la mesure où il précise que le droit d'action des individus ne dépend pas de la formulation de la règle primaire, de son contenu, mais d'une règle *spécifique* conférant ce droit d'action. En effet,

« dans les cas où l'obligation primaire est due à une entité autre qu'un État, il peut exister une procédure permettant à cette entité d'invoquer la responsabilité pour son propre compte et sans l'intervention d'un État. Tel est le cas, par exemple, s'agissant des traités relatifs aux droits de l'homme qui

⁽⁴¹²⁾ V. Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : Commentaire général, *op. cit.*, p. 101 point 4).

confèrent aux individus affectés le droit de saisir un tribunal ou un autre organe ». ⁴¹³

Si on partage cette conclusion, il faut en conclure que, en dehors d'une règle conventionnelle lui permettant d'invoquer la responsabilité d'un Etat, l'individu n'est jamais titulaire ni de l'obligation primaire ni du droit à la réparation, dans la mesure où le droit d'action est une conséquence logique de la titularité de l'obligation primaire. Sa situation individuelle n'est que le contenu d'une l'obligation que l'Etat doit à un autre Etat. Ce raisonnement donc amène à soutenir que la « véritable » subjectivité internationale de l'individu se réalise seulement au cas où une règle internationale lui conférerait le droit de convenir un Etat devant une instance internationale. En dehors de cette hypothèse, les droits qu'il tire d'une obligation internationale ne sont que le contenu d'une règle caractérisé par une structure interétatique.

Ce mécanisme est très bien démontré par des récentes affaires. En particulier, la question concernant l'application de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 a déclenché une querelle parmi la Cour suprême des Etats Unis, la Cour Internationale de Justice et la doctrine internationaliste. ⁴¹⁴

(⁴¹³) V. Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : Commentaire général, *op. cit.*, p. 101 point 4).

(⁴¹⁴) *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, United Nations, Treaty Series, vol. 596, p. 261. L'art. 36 se lit comme suit : « **1.** Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité : [...] **b)** Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa ; **c)** Les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément. **2.** Les droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et

Le sujet principal de ce débat a visé la structure et l'exécution d'une norme internationale dont le bénéficiaire est un individu. Selon une orientation bien ancrée, le défaut d'effet direct prive la norme internationale de la possibilité d'être appliquée par les juges. Bien que la « Supremacy Clause », énoncée dans l'article VI de la Constitution des Etats-Unis, prévoie que les traités dûment ratifiés soient « the law of the land », égales, quant aux effets, aux lois fédérales, quelques années après l'entrée en vigueur de la Constitution, la Cour Suprême des Etats Unis exclut que certains traités fussent « self-executing ».⁴¹⁵ Suivant cette théorie, bien qu'un individu soit apparemment bénéficiaire d'un droit d'origine conventionnelle, parfois l'obligation internationale s'adresse au Congrès, chargé de l'exécuter par l'adoption d'une loi. En conséquent, les justiciables ne peuvent point se prévaloir de cette règle devant les juges, dans la mesure où elle ne serait pas « self-executing ».⁴¹⁶ La Cour Suprême des Etats Unis a confirmé cette approche en interprétant l'article 36 de la Convention de Vienne, bien que la Cour Internationale de Justice, avec l'arrêt *LaGrand* du 2001, eût affirmé le caractère détaillé des droits individuels énoncés dans l'art. 36 alinéa 1 (b) e (c) de la Convention.⁴¹⁷

Il est opportun de suivre le développement de la querelle dès son origine, quand, à la fin des années '90, le Paraguay avait cité devant la CIJ les Etats Unis pour la violation de l'article 36 la Convention de Vienne ; aucun arrêt fut pourtant rendu dans cette occasion,

règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article ».

(⁴¹⁵) L'article VI – 2 de la Constitution fédérale américaine se lit comme suit: « This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding ».

(⁴¹⁶) Pour un aperçu de la question de l'applicabilité directe des traités dans l'ordre juridique des Etats Unis, v. VAZQUEZ C. M., Treaty-Based Rights and Remedies of Individuals. *Columbia Law Review*, 1992, vol. 92, p. 1082 et suiv.; VAZQUEZ C. M., The Four Doctrines of Self-Executing Treaties. *American Journal of International Law*, 1995, vol. 89, p. 695 et suiv. V. aussi YOO J. C., Treaties and Public Lawmaking: a Textual and Structural Defence of Non-Self-Execution. *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99, p. 2218 et suiv.; QUIGLEY J., Toward More Effective Judicial Implementation of Treaty-Based Rights. *Fordham International Law Journal*, 2006, vol. 29, p. 552 et suiv.; BRADELY C. A., Self-Execution and Treaty Duality. *Supreme Court Law Review*, 2008, vol. 60, p. 131 et suiv.

(⁴¹⁷) V. *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C. I. J. Recueil 2001, p. 466

le Paraguay ayant renoncé à l'action (§1). Les arrêts successifs, dans lesquels la Cour trancha le litige, seront examinés aux paragraphes §2 et §3. Il faut noter que, dans toutes ces occasions, la question de l'effet direct semble liée à celle des rapports entre droit international et droit étatique.

§1 – L'affaire *Convention de Vienne sur les relations consulaires*

Dans l'affaire *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)* du 1998, la première violation que le Paraguay alléguait à l'encontre des Etats Unis était celle relative à l'article 36 (1) b de la Convention de Vienne. En l'espèce, comme les Etats Unis avaient reconnu, les autorités fédérales n'avaient pas informé Mr. Breard de la possibilité de contacter le poste consulaire de son Etat lors de son arrestation. De cette manière, elles avaient violé les droits consulaires du Paraguay (« its right to protect and assist its national in the gravest of circumstances ») et du ressortissant paraguayen, dans la mesure où il aurait évité la peine capitale « if Mr. Breard had had the benefit of this assistance from the beginning of his legal proceedings ». ⁴¹⁸

De surcroît, le Paraguay alléguait aussi la violation de l'obligation énoncée dans le paragraphe 2 de l'article 36, qui impose aux Etats parties « la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés » en vertu du paragraphe 1. Le fait générateur de cette violation était, d'après le Paraguay, la règle du « procedural default ». En effet, celle-ci ne permet pas aux condamnés d'interjeter appel devant les cours fédérales, moyennant un « writ of habeas corpus », seulement pour se plaindre d'une violation de droit qui n'avait pas été promptement alléguée par le prévenu devant le juge étatique. En l'espèce, la règle de « procedural default » n'avait pas permis aux juges fédéraux d'apprécier la violation de l'article 36 (1) b de la Convention de Vienne et d'entamer un nouveau procès. ⁴¹⁹ D'après cet argument, le paragraphe 2 de l'article 36 exprimerait un droit à un « recours effectif », dans la mesure où il rendrait inopérantes les règles interne

⁽⁴¹⁸⁾ V. C.I.J., *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, Memorial of the Republic of Paraguay, points 4.20, 4.25 et 4.32.

⁽⁴¹⁹⁾ V. C.I.J., *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, Memorial of the Republic of Paraguay, points 4.39-4.43.

qui ne permettent pas de remédier à la violation de la Convention.⁴²⁰ En revanche, en se référant aux travaux préparatoires de la Convention, les Etats Unis affirmèrent que le paragraphe 2 de l'article 36 n'imposait point d'annuler les procès lors de la violation du paragraphe 1, étant donné que « the solution to such a breach of the treaty's requirements is to be pursued through normal processes of diplomatic apology, consultation and improved implementation ». Ceci parce que

« there are very few situations in which States actually have agreed by treaty that the failure to observe specific standards can be the basis for appeal to an international tribunal for possible reversal of a conviction or sentence. »⁴²¹

La défense des Etats Unis s'appuya sur le fait que le paragraphe 2 de l'article 36 ne garantit aucun « recours effectif » et que la règle secondaire de réparation, du point de vue du droit international général, ne s'adresse pas aux individus.

Cet argument avait par ailleurs déjà été exprimé par la Cour Suprême des Etats-Unis quelque mois auparavant, à l'occasion de l'arrêt *Breard v. Green*.⁴²² Selon la Cour Suprême, « absent a clear and express statement to the contrary », les règles processuelles de chaque Etat régissent l'application des traités.⁴²³ Par conséquent, aucune antinomie ne

⁽⁴²⁰⁾ Au cours des plaidoyers devant CIJ, le Paraguay avait demandé que les Etats Unis « re-establish the situation that existed before the detention of, proceedings against, and conviction and sentencing of Paraguay's national in violation of the United States' international legal obligations », c'est à dire de juger que « any criminal liability imposed on Angel Francisco Breard in violation of international legal obligations is void, and should be recognized as void by the legal authorities of the United States ». V. C.I.J., *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, Compte rendu de l'audience publique tenue le mardi 7 avril 1998 (CR98/7), Demande en indication de mesures conservatoires, p. 7 point 1. A ce sujet, V. VAZQUEZ C. M., *Night and Day: Coeur d'Alene, Breard, and the Unraveling of the Prospective-Retrospective Distinction in Eleventh Amendment Doctrine*. *Georgetown Law Journal*, 1998, vol. 87, p. 67-70. Selon un autre auteur, la violation de l'art. 36 aurait entraîné l'application des normes internationales portant la responsabilité des Etats et donc « a reversal of a conviction and a new trial, or, at least, exclusion of tainted evidence ». V. KADISH M. J., *Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: a Search for the Right to Consul*. *Michigan Journal of International Law*, 1997, vol. 18, p. 612.

⁽⁴²¹⁾ C.I.J., *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, Compte rendu de l'audience publique tenue le mardi 7 avril 1998 (CR98/7), Demande en indication de mesures conservatoires précité, p. 45 points 3.19-3.21.

⁽⁴²²⁾ V. *Breard v. Greene*, 37 ILM 826 (1998).

⁽⁴²³⁾ V. *Breard v. Greene*, 37 ILM 826 (1998), cit., p. 827.

se produit parmi la règle de « procedural default » et le paragraphe 2 de l'article 36, dans la mesure où celui-ci n'énonce pas une règle différente. En déniant au paragraphe 2 de l'article 36 toute portée processuelle, il n'y aurait aucune possibilité de remédier, à moins que la convention n'affirme clairement une réparation spécifique. Pour la Cour Suprême, la règle internationale ne prévoit aucun comportement pour les organes de l'Etat : ou mieux, la Cour n'avait le pouvoir de déterminer le comportement à suivre, qui aurait dû être précisé préalablement par un autre organe (le Congrès), chargé de l'exécution du traité.⁴²⁴

Par ailleurs, des auteurs avaient affirmé que la règle de « procedural default » violait le paragraphe 2 de l'article 36 de la Convention de Vienne.⁴²⁵ D'une manière similaire, on remarquait que, par l'application de la théorie du traité « self-executing », la Cour Suprême aurait dû écarter « the inconsistent judicially created federal procedural doctrine », étant donné que « under the Convention, the individual petitioner had actionable rights that had been violated ».⁴²⁶ C'est avec la collaboration de ces contributions théoriques que l'affaire fut à nouveau présentée à la CIJ.

§2 – L'affaire *LaGrand*.

En suivant les arguments allemands exposés au cours de l'affaire *LaGrand*, une approche très forte au droit international se dévoile. Dans la mesure où la règle de « procedural default » empêche la remise en question du procès, alors l'obligation de garantir la « pleine réalisation » des droits visés par le paragraphe 1 de l'article 36 (l'assistance consulaire) permettra de remédier à la violation de ces droits, en entraînant

(⁴²⁴) Il faut remarquer que d'après la Cour Suprême, tout en imaginant que l'article 36 avait été « self-executing », la règle de « procedural default » écartée et *M. Breard* « properly raised and proven » la violation, il y aurait cependant eu des doutes par rapport à l'application d'un remède tel que « l'overturning of a final judgment ». *V. Breard v. Greene*, cit, p. 828.

(⁴²⁵) V. SHANK A.; QUIGLEY J., Obligations to foreign nationals accused of crime in the United States: a failure of enforcement. *Criminal Law Forum*, 1999, vol. 9, p. 122.

(⁴²⁶) V. PAUST J. J., *Breard and Treaty-Based Rights under the Consular Convention*. *American Journal of International Law*, 1998, vol. 92, p. 690-691; SLAUGHTER A.-M., *Court to Court*. *American Journal of International Law*, 1998, vol. 92, p. 708; et BRADLEY C. A., *International Delegations, the Structural Constitution and Non-Self-Execution*. *Stanford Law Review*, 2003, vol. 55, p. 1592.

la non application de cette règle interne pour l'*éventuelle* concession d'un redressement. L'article 36 paragraphe 2 se pose comme une norme de référence par rapport au droit interne.⁴²⁷ Le Mémoire du gouvernement allemand et les plaidoiries devant la Cour font souvent référence au principe de primauté de droit international. En effet, la « source » des faits générateurs de la responsabilité est une règle interne, dans la mesure où elle impose aux juges fédéraux de tenir des comportements qui entravent la réalisation des droits conventionnels (l'interdiction d'apprécier, dans le cadre d'un procès fédéral, les violations processuelles faites lors d'un procès étatique antérieur, en vue d'appliquer un remède). Pendant les plaidoiries, l'Allemagne soutint clairement que le paragraphe 2 de l'article 36 engage les Etats à mettre en œuvre « laws and regulations that do render effective the exercise of the rights under Article 36 ». Cette obligation donc viserait un événement purement normatif. En s'appuyant sur le principe de l'effet utile et de suprématie du droit international, M. Paulus a ainsi précisé la portée du paragraphe 2 de l'article 36 :

« the wording of Article 36, paragraph 2, requires an analysis of national law in the light of the object and purpose of Article 36, not merely an analysis whether the *wording* of the rights is expressly counteracted by national law ». ⁴²⁸(

En conséquent, la législation nationale

« must not impede the effective exercise of the rights under paragraph 1. This is the "proviso" contained in the second half-sentence of paragraph 2: the domestic laws and regulations in question are "subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended". In this way, the primacy of international law over domestic law is confirmed

⁽⁴²⁷⁾ Dans son Mémoire, l'Allemagne souligna que « the drafting history of the Vienna Convention supports the argument "that Article 36 prevails over domestic procedure". [...] Accordingly, if the domestic law of a State party to the Convention does not provide for the enforcement of the obligation of notification, it will not meet the requirement to give full effect to the rights contained in Art. 36 of the Convention ». En conséquent, « through the application of the rules of procedural default and the requirement to show actual prejudice, an effective raising of the claim of lack of notification is made impossible. No effective remedy for violations of the right to consular notification exists ». V. C.I.J., *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Memorial of the Federal Republic of Germany, point 4.24 et 4.43.

⁽⁴²⁸⁾ C.I.J., *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Compte rendu de l'audience publique tenue le mardi 13 novembre 2000 (CR2000/26), p. 49 point 8.

and maintained [...] we are faced here with a provision that makes the effectiveness of international law the yardstick for its implementation by domestic law ». ⁴²⁹

Etant par ailleurs incontestable entre les parties que l'événement imposé par le paragraphe 1 de l'article 36 s'adresse aux individus, à la CIJ se posait seulement la question de savoir quelle était la portée du paragraphe 2 de l'article 36. Est-ce que cette règle s'adressait directement aux individus, en prévoyant à leur bénéfice une réparation ?

Au regard du paragraphe 1 de l'article 36, retenue « la clarté » des règles y énoncées, la Cour a soutenu son pouvoir d'en constater la violation « telles qu'elles sont » ; et que, par conséquence, en conférant des droits individuels, elles avaient été violées par les Etats Unis en l'espèce.⁴³⁰ En s'appuyant sur la simple formulation de la norme, la Cour n'a pas jugé opportun de la préciser : d'ailleurs, il n'y avait eu aucune querelle par rapport à l'expression « prévenir sans délai des droits contenus dans l'alinéa suivant », ni par rapport à la phrase « autorités compétentes de l'Etat de résidence ». Si l'obligation internationale confère immédiatement un droit à l'arrêté de recevoir l'information du paragraphe 1 (b) de l'article 36, sans la nécessité d'aucune mesure d'implémentation, on peut en apprécier directement la violation par le simple constat de la manque de cette information. En effet, ce constat était très simple, puisque – comme la Cour remarque – les Etats Unis avait eux-mêmes admis cette carence.⁴³¹ A cet égard, il n'y avait aucun différend entre les parties, comme le juge Oda souligna dans son opinion dissidente.⁴³² Or, la portée de sa conclusion pourrait apparaître majeure, puisque la Cour a constaté la violation de l'article 36 paragraphe 1 à l'égard des frères LaGrand, en les identifiant comme les « créanciers » de l'obligation violée, bien que leurs droits pussent « être

⁽⁴²⁹⁾ 'Compte rendu de l'audience publique tenue le mardi 13 novembre 2000 [...] en l'affaire LaGrand', précité, p. 48 point 4. A cela s'ajoute la considération d'après laquelle « the United States reading of Article 36, paragraph 2, is so narrow as to render Article 36 ineffective as against domestic laws, whereas the interpretation advanced by Germany ensures the effectiveness of the provision. Under the correct reading, Article 36, paragraph 2, makes all domestic laws and regulations subject to the effective exercise of the international rights and duties under Article 36, paragraph 1 ». *Ibidem*, p. 50 point 10.

⁽⁴³⁰⁾ V. C.I.J., *LaGrand*, arrêt, précité, p. 494 point 77.

⁽⁴³¹⁾ V. C.I.J., *LaGrand*, arrêt, précité, p. 491 point 73.

⁽⁴³²⁾ V. C.I.J., *LaGrand*, arrêt, *Opinion dissidente de M. Oda*, p. 533 point 19.

invoqués devant la Cour par *l'Etat* dont la personne détenue a la nationalité ». ⁴³³ Comme on voit, cela clairement montre le bien fondé de l'affirmation qu'on a fait dans l'introduction de cette section : en dehors d'une règle qui expressément confère un droit d'action devant une instance internationale, les droits individuels ne sont que les objets d'une obligation internationale liant les seuls Etats. A cet égard, l'affirmation de la Cour par rapport à la titularité des droits des frères LaGrand serait tout à fait inutile.

Consciente de cette limite, la Cour s'efforça de repérer dans l'article 36 paragraphe 2 la conséquence de la violation du paragraphe 1, sans pourtant spécifier si cette conséquence relevait du droit international générale ou du paragraphe 2 lui-même. En effet, la Cour en apprécia la violation soit à l'égard de l'Allemagne soit à l'égard de frères LaGrand. ⁴³⁴ Dans la vision de la Cour, le paragraphe 2 confère un remède aux individus, dont ils en étaient titulaires. La Cour a ainsi appliqué le schéma logique du projet d'article sur la responsabilité des Etats, d'après lequel le titulaire de l'obligation primaire est automatiquement le « créancier » du droit à la réparation. En l'espèce, toutefois, il n'était pas nécessaire de formuler cette considération, puisque les frères LaGrand avaient été exécutés entre temps, aucune réparation se révélant possible à leur bénéfice. Néanmoins, la Cour a soutenu que la règle de « procedural default » avait privé les frères LaGrand de la possibilité de contester la condamnation rendue en violation du paragraphe 1 de l'article 36 *en vue* d'obtenir un redressement à leur situation. En effet, si les juges fédéraux avaient pu constater la violation du paragraphe 1 de l'article 36, ils auraient tiré la conclusion que, pour cette raison, les frères LaGrand avaient perdu la chance d'obtenir des meilleurs avocats en vertu de l'aide consulaire, ainsi évitant la peine

⁽⁴³³⁾ V. *LaGrand, arrêt, précité*, p. 494 point 77. Italique ajouté.

⁽⁴³⁴⁾ La Cour souligne qu'il faut écarter « 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 ». En effet, 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 », la Cour souligne 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 ». V. *LaGrand, arrêt, précité*, p. 497 point 89. Encore plus clairement, dans le dispositif de l'arrêt on affirme que « ne permettant pas [...] le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité des frères LaGrand et des leurs peines [...] les Etats-Unis d'Amérique ont violé l'obligation dont ils étaient tenus envers la République fédérale d'Allemagne et envers les frères LaGrand en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention ». V. *LaGrand, arrêt, précité*, p. 515 point 4).

de mort.⁴³⁵ Ensuite, d'après la Cour, la règle de « procedural default » n'était pas contraire en soi-même au paragraphe 2 de l'article 36, mais son « application » en l'espèce. Cette considération s'explique lorsqu'on considère que c'est la conséquence ultime qui découle de l'application de cette règle (empêcher les juges de relever une violation de droit *pour* remédier à la violation de l'obligation d'informer les prévenus) à avoir entravé la « pleine réalisation » des droits conventionnels.⁴³⁶ Le fond de l'affaire se dévoile en ce point. Pour la CIJ, la règle de « procedural default » empêche aux juges fédéraux d'apprécier une violation, mais elle ne précise pas les conséquences juridiques qui découlent du constat de la violation.

En effet, la Cour n'eût pas à se prononcer en l'espèce sur le type de redressement, ainsi laissant ambiguës les conséquences juridiques que les juges auraient dû appliquer. La « règle substantielle » demeura donc à l'abri de la pensée de la Cour. Si dans les motivations de l'arrêt le « procedural default » avait rendu impossible, en dernier ressort, l'application d'un redressement (la conséquence ultime de l'application de la règle du « procedural default »), d'autre côté, il émerge du dispositif que la Cour se réfère uniquement à la conséquence directe que le « procedural default » avait produit, l'impossibilité d'une nouvelle saisine judiciaire. En effet, la Cour se borna à constater que les Etats Unis avaient violé le paragraphe 2 de l'article 36 « ne permettant pas, à la lumière des droits reconnus par la convention, le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité des frères LaGrand et des leurs peines ».⁴³⁷ Le « réexamen » et la « révision »

⁽⁴³⁵⁾ D'après la Cour, la règle de la carence procédurale a empêché aux LaGrand « d'attacher des conséquences juridiques au fait [...] que la violation des droits prévus au paragraphe 1 de l'article 36 n'avait pas permis à l'Allemagne d'assurer en temps opportun [...] le concours d'avocats privés et de les assister, de manière générale, dans leur défense ». V. C.I.J., *LaGrand, arrêt*, précité, p. 498 point 91. Au cours des plaidoiries, l'Allemagne avait soutenu que la nature même du droit de l'arrêté à être prévenu d'après le paragraphe 1 (b) de l'article 36 imposerait de fournir un remède processuel tout à fait spécifique, une fois vue la circonstance particulière des droits garantis. « A right to information, like that contained in Article 36, subparagraph 1 (b), of the Vienna Convention, serves to remedy the ignorance of a detainee. If this obligation to inform is not met, the detainee will not know of this right, neither will he be able to raise this failure before the trial court. In this case, in contrast to other procedural rights, the right to information can only be properly enforced if it can still be raised after the end of the first trial ». C.I.J., *LaGrand*, Compte rendu de l'audience publique tenue le mardi 13 novembre 2000 (CR2000/26), p. 52-53.

⁽⁴³⁶⁾ V.C.I.J., *LaGrand, arrêt*, précité, p. 497 point 90.

⁽⁴³⁷⁾ V. C.I.J., *LaGrand, arrêt*, précité, p. 515 point 4).

ne sont pas proprement des « remèdes » judiciaires, comme par exemple l'annulation de la condamnation. Ils n'offrent que la possibilité qu'il y ait un redressement. Une fois rapporté au fait générateur de la responsabilité (le « procedural default »), le paragraphe 2 de l'article 36 peut alors être interprété soit comme un droit d'action devant les autorités nationales pour faire simplement constater la violation des droit consulaires, soit comme une règle qui permet aussi un certain type de redressement : par exemple, la commutation de la peine. Dans l'affaire LaGrand, la CIJ a évidemment opéré le deuxième choix, sans pourtant spécifier la conséquence substantielle de la violation.⁴³⁸

On s'aperçoit alors à nouveau de la « double âme » du concept de recours effectif : à la fois, droit d'action et droit à la réparation. Le choix de spécifier le contenu de la réparation ressort à l'appréciation de l'organe internationale. Cette considération est prouvée par le chef (7) du dispositif du jugement, dans lequel la Cour oblige les Etats Unis à ne pas répéter la violation de l'article 36. Ils sont notamment condamnés à garantir pour l'avenir le « réexamen et la révision » des jugements au cas où le paragraphe 1 (b) de l'article 36 aurait été violé « en mettant en œuvre les moyens de leur choix ».⁴³⁹ On peut aisément remarquer que la Cour n'a pas précisé en détail l'événement auquel il faudrait parvenir par le « réexamen et la révision ». Comme on verra par la suite, ce simple constat s'est révélé tout à fait insuffisant et incapable de résoudre le problème d'interprétation du paragraphe 2 de l'article 36. Le véritable « noyau » demeure la question de savoir si, lorsque un traité confère un droit aux individus (en ce cas, une obligation positive d'information) et énonce aussi une autre norme imposant un (préssumé) remède, le droit international dispose d'une « véritable » norme secondaire qui permet la réparation et qui peut être directement appliquée par les juges.

⁽⁴³⁸⁾ En effet, nombreux auteurs avaient remarqué cette ambivalence, en distinguant le problème du remède de celui du constat de la violation du droit conventionnel V. SLOSS D., *Non-Self-Executing Treaties: Exposing a Constitutional Fallacy*. *UC Davis Law Review*, 2002, vol. 36, p. 10-11. L'application de la « procedural default doctrine » aurait privé l'accusé de tout le « full spectrum » des remèdes à appliquer pour la violation de l'art. 36 al.1. V. DECK H., *Exorcising the Ghost: Finding a Right and a Remedy in Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations*. *Supreme Court Law Review*, 2004, vol. 55, p. 580.

⁽⁴³⁹⁾ V. C.I.J., *LaGrand*, arrêt, précité, p. 516 point 7.

§3 – L’Affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*.

Dans l’affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*, l’entière stratégie des avocats du Mexique se fonda sur la tentative de définir de manière plus précise les contours de l’obligation de « réexamen et révision ». En premier lieu, le Mexique doutait de l’aptitude des « moyens » choisis par les Etats Unis pour permettre le réexamen et la révision des condamnations prises en violation de l’article 36 de la Convention de Vienne. Alors que les Etats-Unis avaient soutenu que la CIJ n’avait pas entendu leur imposer un résultat précis, et qu’en conséquence la « clemency review » était une procédure tout à fait satisfaisante à cet égard, le Mexique interpréta l’arrêt *LaGrand* en ce point comme imposant un « judicial remedy ».⁴⁴⁰ Cela parce que les Etats Unis ne disposaient pas d’une « unlimited choice of means » pour parvenir au réexamen et à la révision des condamnations :

« the United States seriously misapplies the Court's holding in *LaGrand* when it insists that it enjoyed unlimited "choice of means." The means chosen must be designed to achieve the result, that is to provide an effective remedy that gives full effect to the obligations of the Vienna Convention. »⁴⁴¹

En particulier, la CIJ devrait appliquer trois remèdes d’après le droit international général :

« the convictions and sentences of the fifty-four Mexican nationals subject to this proceeding are vacated; (2) all evidence obtained in violation of Article 36 is excluded from any future criminal proceeding against those nationals; and (3) no municipal law bar is applied to prevent any of the Mexican nationals subject to this proceeding from obtaining relief from the Vienna Convention violations ».⁴⁴²

En second lieu, le Mexique se pencha sur la pratique des juges américains retenue après l’arrêt *LaGrand*. Bien que des condamnés eussent allégué la violation du paragraphe 1 de l’article 36 devant les juges fédéraux, ceux-ci n’avaient pas pourtant estimé ces droits comme « fundamental to due process » ; en conséquence, ils n’avaient

⁽⁴⁴⁰⁾ V. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, Memorial of Mexico, p. 98 et suiv., points 239-249.

⁽⁴⁴¹⁾ V. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, Memorial of Mexico, p. 116 point 283.

⁽⁴⁴²⁾ V. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, Memorial of Mexico, p. 148 point 354.

pas renversé la condamnation ni changé la peine. A cet égard, le Mexique tendait à faire découler de la violation de l'article 36 de la Convention de Vienne les conséquences prévues pour la violation des « Miranda rights ». ⁴⁴³ Dans le procès américain, la violation de cette catégorie de droits a pour conséquence l'application d'un remède processuel spécifique, par exemple l'exclusion d'une preuve. ⁴⁴⁴

Dans son arrêt du 2004, la CIJ a précisé la portée de la décision *LaGrand* par rapport à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article 36. Elle a retenu la première interprétation, d'après laquelle cette règle ne confère qu'un droit d'action devant les autorités nationales. En effet, la Cour estima que la règle de « procedural default » avait violé le paragraphe 2 de l'article 36 seulement dans les hypothèses où une condamnation définitive aurait été prononcée, donc pour les ressortissants mexicains qui, à l'instar des frères *LaGrand*, avaient été privés de manière définitive de la chance d'un ultérieur réexamen de leurs condamnations. En conséquent, la Cour se réserva de résoudre la question de la réparation relativement aux procédures judiciaires déjà achevées « à propos des remèdes demandés par le Mexique ». ⁴⁴⁵ S'il n'était d'ailleurs pas possible d'apprécier la violation du paragraphe 2 de l'article 36 par rapport aux procès encore pendants, alors les Etats-Unis n'avaient pas encore violé le droit d'action des ressortissants mexicains, dans la mesure où la saisine d'un autre juge était encore possible. ⁴⁴⁶

(⁴⁴³) V. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, Memorial of Mexico, p. 96 et suiv, points 236-238 ; v. aussi p. 142-145, points 339-345, pour la tentative de prouver que les droits d'information consulaires sont « fondamental to due process » : en conséquence, leur violation entacherait d'injustice la condamnation.

(⁴⁴⁴) V. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, Memorial of Mexico, points 282-283. De ce dernier pas on aperçoit bien la requête du Mexique d'apprécier la violation de l'art. 36 al. 2 du fait que les Etats Unis avaient empêché l'application des remèdes pour la violation de l'alinéa 1 à cause de l'application de « several municipal legal doctrines ».

(⁴⁴⁵) V. *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, précité, p. 57 points 112-113.

(⁴⁴⁶) Comme il se lit, « les procédures pénales engagées contre les ressortissants mexicains n'en sont pas encore arrivés [...] au stade où il n'existerait plus aucune possibilité de recours judiciaire ; autrement dit, il n'est pas encore exclu que les verdicts de culpabilité et les peines soient « réexaminées et révisées » comme le demandait la Cour dans l'affaire *LaGrand* [...]. Il serait donc prématuré de la part de la Cour de conclure à ce stade qu'il y a déjà, dans ces cas, violation des obligations découlant du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne ». V. *Avena et autres ressortissants mexicains*, arrêt, précité, p. 57 point 113. Selon des auteurs, dans l'arrêt

En effet, quand la Cour a abordé effectivement la question de la réparation – due aux sujets condamnés de manière définitive – elle a affirmé qu’il n’était pas possible de présumer que « l’annulation partielle ou totale des verdicts de culpabilité et des peines constitue nécessairement le seul mode de réparation ». En distinguant cette affaire de *Yerodia*, où « la question faisant l’objet du différend était celle de la licéité internationale du fait même de l’émission [...] du mandat d’arrêt », la Cour a précisé que le véritable fait générateur de la responsabilité en l’espèce étaient « certains manquements à des obligations conventionnelles » qui ont précédés les « verdicts de culpabilité rendus et les peines prononcées ». ⁴⁴⁷ Ces « manquements » sont dus notamment à la violation du devoir d’informer les personnes arrêtés de pouvoir contacter les postes consulaires de leurs pays, donc la réalisation d’un événement (l’information effective). Si le « véritable » fait générateur de la responsabilité n’est point l’application de la règle de « procedural default » par rapport au paragraphe 2 de l’article 36, alors les choses changent sensiblement. Par ce simple constat, la portée de cette règle se réduit, parce qu’elle n’exprimerait qu’un simple droit d’action. La véritable réparation appartient au droit international général. Comme la Cour souligne, il relève de l’appréciation des tribunaux des Etats-Unis, dans le cadre du réexamen et de la révision (et donc dans une procédure judiciaire, entamé par l’exercice du droit d’action conventionnel) :

« la question de savoir si les violations du paragraphe 1 de l’article 36 doivent être considérées comme ayant, dans l’enchaînement causal des événements, conduit finalement à des verdicts de culpabilité et à des peines sévères ». ⁴⁴⁸

Cette interprétation est largement confirmée par le passage suivant : en appréciant l’aptitude de la procédure de « clemency », la Cour a constaté que

« ce qui est crucial dans le processus de réexamen et de révision, c’est l’existence d’une procédure garantissant qu’il sera accordé tout le poids voulu a

Avena la Cour Internationale de Justice a établi que la ‘review and reconsideration’ des condamnations doit être menée « case-by-case ». V. SIMMA B.; HOPPE C., From LaGrand and Avena to Medellín – A Rocky Road Toward Implementation. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2005, vol. 14, p. 25.

(⁴⁴⁷) V. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, arrêt, précité, p. 60 point 123.

(⁴⁴⁸) V. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, arrêt, précité, p. 60 point 122.

la violation des droits définis dans la convention de Vienne, *quelle que soit finalement l'issue de ce réexamen et de cette revision* ». ⁴⁴⁹

Si la Cour avait qualifié les droits conventionnelles comme fondamentaux, comme le Mexique lui avait demandé, leur violation aurait vicié les procès entier « du simple constat de leur violation ». Cet argument, avancé aussi par l'Allemagne dans l'affaire *LaGrand*, a été rejeté par la Cour dans les deux litiges. Son fondement évoque par ailleurs le paradigme de la nullité ou invalidité : lorsqu'un acte est contraire à une norme de référence hiérarchiquement supérieure, il serait pour cette raison entaché d'illégalité. In ne s'agit pas d'une simple question d'étiquette (la nature « fondamentale » des droits), mais de considérer l'article 36 paragraphe 1 de la Convention de Vienne comme supérieur aux lois qui règlent la procédure pénale des Etats-Unis. Seulement moyennant ce procédé la Cour aurait pu affirmer que la norme secondaire impose l'annulation d'un jugement ou d'une preuve, rendues en violation de l'article 36, à l'instar des « Miranda rights ». En revanche, la Cour s'est débarrassée de ce problème en excluant la possibilité de toute antinomie entre les règles processuelles internes et l'article 36. Au Mexique, qui avait soutenu que le droit de notification consulaire « en tant que tel est si fondamental que sa violation a *ipso facto* pour effet de vicier l'ensemble de la procédure pénale conduite en contravention dudit droit », la Cour ainsi a répondu :

« sans qu'il lui soit nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le droit en cause est ou non un droit de l'homme, la Cour fera observer que ni le texte ni l'objet et le but de la convention, ni aucune indication qui figurerait dans les travaux préparatoires, ne permettent d'arriver à la conclusion que le Mexique tire de cet argument ». ⁴⁵⁰

Enfin, si la distinction parmi une règle conventionnelle « fondamentale » et n'importe quelle autre règle conventionnelle s'appuie sur l'application d'un certain type de remède (le paradigme de la nullité), alors le silence de la Convention de Vienne sur les relations consulaires par rapport à cette question implique que l'Etat est libre de choisir un redressement dans les limites de la « réparation » du droit international général, dont le contenu notamment dépend de l'événement imposé par l'obligation primaire violée. Les prévenus n'avaient pas été informés de leurs droits consulaires : les hypothèses sont

⁽⁴⁴⁹⁾ V. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, arrêt, précité, p. 65 point 139, italiques ajoutés.

⁽⁴⁵⁰⁾ V. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, arrêt, précité, p. 60 point 128.

deux. Est-ce que la *restitutio in integrum* prend forme d'un devoir d'informer les prévenus de la possibilité de contacter le poste consulaire, même en retard ? Ou est-ce que la violation de ces droits impose l'application d'un remède qui est prévu en cas de violation d'un droit constitutionnel ?⁴⁵¹ La Cour a opté pour un compromis : donner aux individus le pouvoir de saisir à nouveau les juges pour faire relever, au moins, la violation. La Cour a ainsi interprété le paragraphe 2 de l'article 36 de la Convention de Vienne comme un droit d'action par rapport au paragraphe 1. Elle a ensuite identifié le fait générateur de la responsabilité dans la règle de « procedural default », qui avait empêché les prévenus de saisir les tribunaux fédéraux d'une question qui n'avait pas été préalablement soulevée lors des procès de première instance ; enfin, elle a modelé le contenu de la règle coutumière sur la réparation comme le devoir des Etats-Unis de permettre l'exercice de ce droit d'action pour faire constater la violation du paragraphe 1 de l'article 36. Les « conséquences » processuelles ultérieures de cette constatation ressortent de la compétence de chaque ordre juridique, par rapport auxquelles rien le paragraphe 2 de l'article 36, entendu comme « règle primaire », prescrit. Comme on voit, la portée de la règle coutumière de réparation dépend en large partie du fait générateur de la responsabilité : la réparation « adéquate » du point de vue du droit international général ne peut pas se pousser au delà des limites de la non application de la règle de « procedural default ». Dans l'affaire *Avena*, le Mexique a évidemment postulé une réparation trop large par rapport à l'événement que l'obligation internationale imposait de

⁴⁵¹ Par ailleurs, d'après la défense des Etats-Unis, le paragraphe 2 de l'article 36 n'imposait pas d'édicter « national law remedy permitting individuals to assert claims involving the Convention in criminal proceedings » et, surtout, elle n'empêchait pas non plus de « applying equally to foreign nationals and to their own nationals rules requiring the orderly and timely assertion of defenses in criminal cases ». A ce propos, lors de l'affaire *Breard*, des auteurs avaient remarqué que la violation du traité n'entraînait pas les mêmes conséquences de la violation d'une norme constitutionnelle au cours d'un procès. Donc, l'accusé aurait dû prouver que la violation du traité avait affecté un droit protégé par la Constitution pour obtenir l'inapplication de la « procedural default rule ». V. LUNA E.; SYLVESTER D., *Beyond Breard*. *Berkeley Journal of International Law*, 1999, vol. 17, p. 180-182. En revanche, des auteurs avaient estimé que la violation de l'article 36 paragraphe 1 était comparable à celle d'un droit constitutionnel. V. KADISH M. J., *Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: a Search for the Right to Consul*, *op. cit.*, 604-605. On peut apercevoir la question sous-jacente : est-ce que la règle internationale aurait eu un caractère tellement important, et donc hiérarchiquement supérieur, jusqu'à demander l'application d'un remède prévu, dans le droit interne, pour la violation d'un droit constitutionnel ?

réaliser (devoir d'information). D'ailleurs, cet espoir avait été donné par la Cour même dans l'affaire *LaGrand*.

§4 – L'application interne de l'arrêt *Avena*.

Deux années après l'arrêt *Avena*, la Cour Suprême des Etats Unis eût à se prononcer sur le problème du redressement, en se posant la question de savoir si le paragraphe 2 de l'article 36 entraînaient des conséquences processuelles ultérieures par rapport au simple constat de la violation des droits énoncés par le paragraphe 1, ainsi imposant aux juges l'application de l'exclusion de la preuve obtenue illégalement. Dans l'affaire *Sanchez-Llamas v. Oregon*, deux condamnés à mort avaient demandé l'annulation de la condamnation puisque ils avaient rendu des déclarations à la police sans avoir été préalablement renseignés de leurs droits consulaires, en soutenant que l'article 36 leur conférait un « enforceable right ». ⁴⁵² En omettant de statuer sur le caractère « self-executing » de cette règle, la Cour Suprême des Etats-Unis remarqua que l'exclusion de la confession ne pouvait pas être quand même une conséquence prévue par le paragraphe 2 de l'article 36 de la Convention de Vienne, tout en spécifiant qu'elle aurait appliqué un tel redressement s'il avait été clairement énoncé « in the treaty itself ». Lorsque un traité « self-executing » avait prévu une conséquence processuelle spécifique ou, au moins, « implicitly », alors les juges auraient dû en faire application ; contrairement, elles n'auraient pu en créer un, en se substituant ainsi à l'Etat « through lawmaking of their own ». ⁴⁵³

⁽⁴⁵²⁾ V. *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 134 ILM 719 (2006), p. 726. V. BRADLEY C. A., U.S. Supreme Court decision on the effect of procedural default on the availability of remedies for violations of the VCCR in light of the ICJ opinion in *Avena*, and on suppression of evidence as a possible remedy. *American Journal of International Law*, 2006, vol. 100, p. 885-890.

⁽⁴⁵³⁾ V. *Sanchez-Llamas v. Oregon*, précité, pp. 728-729. Selon la Cour Suprême, si le paragraphe 2 de l'article 36 n'impose pas « as such » ou « implicitly » de prévoir un remède judiciaire, alors la question du caractère « self-executing » de la norme n'a plus aucune importance puisque l'Etat n'est pas obligé d'exécuter une obligation qui n'existerait pas. A l'inverse, d'après l'opinion des juges dissidents, la CIJ n'avait pas affirmé que le paragraphe 2 de l'article 36 « requires a state court to excuse a procedural default rule where the State failed to inform the defendant of his consular access right ». En conséquent, la Convention de Vienne prohiberait parfois « a state court from applying its ordinarily procedural default rule to a Convention violation claim », la question du redressement y demeurant étrange V. *Sanchez-Llamas v. Oregon*, précité, p. 758-

Deux années après encore le jugement *Sanchez-Llamas*, la Cour Suprême se prononça de nouveau au sujet de l'article 36 de la Convention de Vienne par rapport à certains citoyens mexicains visés dans l'arrêt *Avena*. Dans l'affaire *Medellín v. Texas* du 27 mars 2008, le réquerant contesta la déclaration d'irrecevabilité issue de la Cour d'appel du 5^{ème} Circuit par rapport à sa demande de réexaminer la condamnation émise en violation de l'article 36 de la Convention de Vienne.⁴⁵⁴ La Cour Suprême a déclaré que l'arrêt *Avena* ne pouvait pas être directement appliqué par les juges en vertu de l'article 94 de la Charte des Nations Unies. En se prononçant sur l'effet de l'arrêt plutôt que sur la nature de l'obligation y énoncée,⁴⁵⁵ la Cour Suprême a établi que tous les jugements de la Cour Internationale de Justice n'ont jamais effet direct dans l'ordre juridique américain.⁴⁵⁶ La raison est expliquée par le passage, déjà apparu dans l'arrêt *Sanchez-Llamas v. Oregon*, affirmant que :

« where a treaty does not provide a particular remedy, either expressly or implicitly, it is not for the federal courts to impose one on the States through lawmaking of their own ». ⁴⁵⁷

761. Des auteurs ont soutenu que le paragraphe 2 de l'article 36 s'adresse aux juges qui, lors d'une violation de du paragraphe 1, devraient appliquer les règles interne processuelles de manière à ne pas « undermine the Article 36 right ». V. QUIGLEY J., *The Law of State Responsibility and the Right to Consular Access. Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, 2004, vol. 11, p. 47. V. aussi PAUST J. J., *Medellín, Avena, the Supremacy of Treaties, and Relevant Executive Authority. Suffolk Transnational Law Review*, 2008, vol. 31, p. 306 et suiv.; HOPPE C., *Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights. European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, p. 332-333.

(⁴⁵⁴) V. *Medellín v. Texas*, 136 ILM 689 (2008), p. 697. Notamment, le refus était dû à la règle de « procedural default ».

(⁴⁵⁵) Dans les mots de la Cour, « the question is whether the *Avena* judgment has binding effect in domestic courts under the Optional Protocol, ICJ Statute, and U. N. Charter. Consequently, it is unnecessary to resolve whether the Vienna Convention is itself 'self-executing' or whether it grants *Medellín* individually enforceable rights ». V. *Medellín v. Texas*, 136 ILM 689 (1998), p. 700 note 4.

(⁴⁵⁶) Selon ce point de vue, l'art. 94 de la Charte des Nations Unies n'impose que « a commitment on the part of U. N. members to take *future* action through their political branches to comply with an ICJ decision ». V. *Medellín v. Texas*, précité, p. 701.

(⁴⁵⁷) V. *Medellín v. Texas*, précité, p. 705.

Appliquée ce principe à l'article 94 (2) de la Charte des Nations Unies, qui règle une procédure particulière en cas de non exécution des décisions de la CIJ (à savoir : le recours au Conseil de sécurité de l'Etat lésé), la Cour en analyse la nature pour exclure que les individus soient directement destinataires d'un arrêt international, et donc de l'obligation de réparation y énoncée. En remarquant que le caractère de la procédure devant le Conseil de sécurité est « diplomatique », la Cour Suprême tire la conséquence qu'un *aucun* remède de nature judiciaire n'est admis sur le plan du droit international lors du non accomplissement d'un arrêt de la CIJ.⁴⁵⁸ Cette considération l'amène à conclure qu'aussi en droit interne une procédure judiciaire n'est pas approprié : il y a une sorte de parallélisme parmi l'existence d'une certaine procédure de mise en conformité dans le droit international et son homologue en droit interne. Etant donné que la procédure de contrôle de la mise en œuvre internationale d'un arrêt n'est pas judiciaire, *a fortiori* – la Cour Suprême semble vouloir dire – ce n'est pas la voie judiciaire interne celle appropriée pour mettre en œuvre un arrêt de la CIJ, mais celle politique et diplomatique. L'action diplomatique ressortant de la compétence des gouvernements, si la décision *Avena* engageait les organes judiciaires, on violerait :

« the option of noncompliance contemplated by Article 94(2), undermining the ability of the political branches to determine whether and how to comply with an ICJ judgment ».⁴⁵⁹

En d'autres termes, la carence d'une procédure judiciaire internationale de contrôle de la mise en œuvre d'un arrêt international implique que les Etats sont libres de parvenir et de s'accorder à d'autres solutions extrajudiciaires. Si les individus pouvaient imposer, par l'entremise du système judiciaire, une certaine solution, cela entacherait le pouvoir discrétionnaire des véritables destinataires de l'arrêt, les organes politiques. Cela a permis à la Cour Suprême d'identifier, du point de vue du droit interne, à qui cet arrêt est adressé : le pouvoir exécutif, qui gère la diplomatie et l'action politique.

⁽⁴⁵⁸⁾ « The remainder of Article 94 confirms that the UN Charter does not contemplate the automatic enforceability of ICJ decisions in domestic courts. Article 94 (2) – the enforcement provision – provides the sole remedy for noncompliance: referral to the United Nations Security Council by an aggrieved state. The UN Charter's provision of an express diplomatic – that is nonjudicial – remedy is itself evidence that ICJ judgments were not meant to be enforceable in domestic courts ». *V. Medellín v. Texas*, précité, p. 702.

⁽⁴⁵⁹⁾ *V. Medellín v. Texas*, précité, p. 703.

Comme on voit, d'après la Cour Suprême des Etats-Unis, le choix de décider si et comment se conformer à un arrêt international dépend de la décision d'un autre organe interne. Tout le discours peut se réduire à une « déclaration d'incompétence » de la Cour Suprême à décider si et comment se conformer aux arrêts internationaux, puisque ils ne s'adressent jamais aux individus au cas où un droit d'action international, devant un organe interétatique, ne leur serait expressément conféré. Celui-là est l'arrière pensée de la Cour. Pour cette raison, les jugements de la CIJ ne sauraient avoir effet direct dans l'ordre juridique interne.

Section 4. Conclusion

Comme on a vu, la Cour EDH et le Comité des droits de l'homme relativement au PIDCP mènent des analyses très ponctuelles par rapport à l'étendue du droit au recours effectif, y incluant soit le volet procédural, en tant que droit de saisir les autorités nationales, soit le volet substantiel, en tant que droit à un redressement approprié. Ces approches supposent que les obligations conventionnelles se réfèrent premièrement aux individus, qu'ils soient les « créanciers » des événements « matériels » imposés aux Etats par le droit international. De surcroît, dans le cadre de la Convention EDH les Etats ont octroyé un droit d'action devant un organe international, ainsi soulignant la titularité directe des obligations primaires et secondaires. Cet aspect est moins évident pour ce qui concerne le PIDCP, mais il ne faut pas néanmoins sous-évaluer la possibilité de recours au Comité des droits de l'homme pour faire constater des violations du Pacte. La possibilité de saisir un organe international lui permet de se pencher sur la loi et sur l'interprétation de la loi interne, ainsi précisant les contours des obligations conventionnelles et contribuant à la consolidation de nouvelles « présomptions ».

Le degré de la prise du droit international sur le droit interne dépend aussi de la marge d'appréciation et de la formulation des obligations internationales. Ces deux aspects sont liés. La marge d'appréciation, qui se traduit dans le pouvoir d'identifier le comportement étatique qui a méconnu un droit, contribue à définir l'objet de l'obligation et, *a posteriori*, du même droit. Dans la jurisprudence de la Cour EDH et du Comité des droits de l'homme, la « simple » existence d'une règle interne parfois viole l'obligation internationale : par ricochet, l'objet de celle-ci s'étend jusqu'à sanctionner des faits « psychologiques ». Par exemple, la crainte d'une sanction pénale pour un comportement érigé en infraction en droit interne. D'ailleurs, c'est souvent un certain modèle de comportement étatique qui est visé par la règle internationale, au cas où elle permettrait la restriction de certains droits. L'Etat demeure donc libre de choisir *si* restreindre un droit : en l'occurrence, il devra quand même parvenir à une restriction « conforme » à celle prévue par la règle internationale, comme par exemple la protection d'autres valeurs. Il s'agit évidemment d'une obligation négative. En cela s'explique le fait que la Cour EDH se penche sur l'interprétation d'une règle interne ou, le cas échéant, sur la même règle interne : la prémisse logique est que les organes ont réalisé un certain événement restrictif

d'un droit en se fondant sur un pouvoir conféré par une règle interne. Lorsque, en appliquant ou interprétant le droit interne, ils réalisent un événement contraire à la règle internationale, ils commettent une « faute » par rapport à cette dernière. Il s'agit d'une « erreur de droit ». Parfois, cette erreur est due directement au type de pouvoir conféré par la règle interne ; parfois, elle dépend d'une interprétation non adéquate de la règle interne, sur le fondement de laquelle l'organe a agi. Cette dernière hypothèse suppose que la norme a conféré à l'organe une large marge d'appréciation dans sa mise en œuvre. La notion d'erreur et de faute évoquent, quant à elles, le paradigme de supériorité de la règle internationale à la règle interne : les mécanismes de contrôle judiciaire international permettent d'apprécier une erreur de droit, mais non de le corriger, puisque rarement ils ont le pouvoir d'imposer une nouvelle règle ou de casser directement un acte. L'exécution de la règle secondaire de réparation est donc gérée encore par les Etats, qui peuvent apprécier si et comment corriger cette faute, et en tirer les conséquences qu'ils jugent appropriées.

Au cas où une convention ne conférerait pas aux individus un droit à un recours effectif devant les autorités nationales et un droit d'action devant un organe internationale pour constater des violations, il se peut qu'on parvienne à des situations, apparemment paradoxales. En ces cas, en effet, l'individu bénéficie d'un droit d'origine internationale, dont la violation ne pourrait pourtant être constatée ni aucun remède offert que dans les limites de l'autonomie procédurale interne. La fonction décentralisée de la mise en œuvre du droit international est très évident, lorsqu'il s'agit de droits individuels. La CIJ a essayé, avec les arrêts *LaGrand* et *Avena*, d'imposer une règle de réparation spécifique. L'interprétation très créative du paragraphe 2 de l'article 36, qui se borne à prescrire la « pleine réalisation » des droits consulaires, en est la preuve. Toutefois, cette approche a néanmoins engendré des énormes difficultés dans la phase d'exécution. Cette « saga » montre que la règle coutumière sur la réparation, ainsi précisée par la CIJ, a été interprétée par la Cour Suprême comme dépourvue de toute portée « directe » en droit interne. Bien que formellement titulaires de droits consulaires et d'un droit d'action pour en faire valoir la violation, les condamnés n'ont pu tirer aucune conséquence interne en raison de l'application de la règle de « procedural default ». La Cour Suprême des Etats-Unis s'est en effet refusé de constater une erreur, une antinomie entre l'application de la

règle de « procedural default » et l'obligation de réexamen et révision. Elle lui a nié toute « juridicité » interne.

D'ailleurs, ces incompréhensions sont aussi dues à une certaine ambiguïté de la CIJ. Dans l'arrêt *Avena*, elle n'avait pas demandé rien d'autre que le réexamen et la révision par les autorités nationales, sans spécifier – comme il en ressort de la pratique du Comité des droits de l'homme – des conséquences juridiques internes précises (par exemple, la commutation de la peine lors de la violation de garanties sur la peine de mort). Cela est néanmoins dû à la formulation de la règle conventionnelle, à l'événement générateur de la responsabilité et au fait que le droit d'être renseigné se situe au cours d'une procédure judiciaire. En effet, la portée de l'expression réexamen et révision peut se prêter à des équivoques : si les Etats-Unis n'avaient plus appliqué la règle de « procedural default », ainsi permettant aux juges de relever la violation du paragraphe 1 de l'article 36, et si par la suite ces juges, de leur côté, n'avaient tiré *aucune* conséquence processuelle particulière de ce constat, est-ce que les Etats-Unis se seraient quand même acquittés de l'obligation secondaire de réparation ? La réponse est probablement positive, c'est la CIJ même à faire cette remarque dans son arrêt *Avena*. Il faut donc interpréter la règle secondaire, ainsi élaborée par la CIJ, comme une simple chance pour les individus que des conséquences (aspécifiques) pourraient être tirées par les juges lors de l'appréciation de la violation de leurs droits consulaires. En conséquent, le seul fait d'empêcher toute saisine judiciaire – la prémisse logique pour permettre l'éventuelle application de conséquences non mieux précisées – pouvait être incompatible avec le paragraphe 2 de l'article 36. En effet, cette vision est confirmée par la C.I.J. lorsqu'elle, saisie de la demande d'interprétation de son arrêt, a déclaré que la règle sur la réparation, en imposant un « résultat », est directement applicable dans la mesure où le droit interne le lui permet.⁴⁶⁰ Toutefois, pour la Cour Suprême, ce « résultat » aurait impliqué le devoir de garantir un remède, non mieux précisé par la règle internationale, réservé à la violation des droits hiérarchiquement supérieurs, de nature constitutionnelle. En effet, la Cour Suprême aurait dû constater la violation d'une règle interne (le « procedural default ») dans la mesure où elle ne permettait pas l'application aux droits de l'article 36 de la

⁽⁴⁶⁰⁾ V. *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 17, point 44.*

Convention de Vienne des redressements prévus en droit interne pour la violation de garanties constitutionnelles. Elle s'est déclarée incompétente à cet égard. En conséquence, l'affirmation de la C.I.J quant à la liberté des Etats de reconnaître effet direct en l'espèce équivaut à souligner que la règle internationale ne s'adresse pas « *en tant que telle* à tous les organes de l'Etat », mais seulement à certains d'entre eux, donc le pouvoir exécutif ou législatif.⁴⁶¹ Mais ainsi l'effet direct ne concernerait nullement la formulation de la règle internationale, plutôt il ne serait que le constat qu'un certain organe interne est incompétent pour la mise en œuvre d'une règle internationale spécifique.⁴⁶² Il faudrait mieux retenir que la règle secondaire, bien qu'elle impose un résultat, demeure encore très aspécifique par rapports aux comportements étatiques nécessaires pour s'en décharger.⁴⁶³

⁽⁴⁶¹⁾ V. LAGRANGE E., L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 2011, vol. 356, p. 330

⁽⁴⁶²⁾ V. GATTINI A., La Corte Internazionale di Giustizia fra Judicial Activism e Judicial Self-Restraint: il curioso caso della Richiesta di Interpretazione della sentenza resa nell'affare Avena. *Rivista di diritto internazionale*, 2009, vol. 92, p. 476-480.

⁽⁴⁶³⁾ V. NOLLKAEMPER A., The Effect of the ECHR and Judgements of the ECtHR on National Law – Comment on the Paper of Enzo Cannizzaro. *Italian Yearbook of International Law*, 2009, vol. 19, p. 196-

Chapitre 4 – Les normes internationales en matière de droit économique.

En droit du commerce international il y a plusieurs conventions qui règlent, d'une manière parfois similaire, les rapports économiques entre Etats. Toutefois, les approches sont souvent différentes quant à l'interprétation de ces normes. En conséquent, il faut se poser la question de savoir parce que des effets tout à fait variés découlent de la violation des normes similaires lorsque des juges, appartenant à des systèmes internationaux séparés mais analogues, sont chargés de les interpréter. Comme il a été bien établi par la Cour de Justice de l'Union européenne, l'effet direct des normes communautaires est un pilier de ce système : en interprétant le Traité de Rome, elle a expliqué ce concept comme la capacité des normes d'être directement appliquées par les juges nationaux lorsqu'un individu se plaint de la violation d'un droit y énoncé. De cela découle que l'individu et l'organe judiciaire sont les véritables parties de l'obligation en question. D'une certaine manière, la CJUE a toujours relevé des fautes dans l'interprétation d'une règle interne ou dans sa structure, ainsi en ordonnant sa disapplication – le redressement – pour garantir l'effet utile de l'obligation internationale et prévenir une atteinte. Or, cette approche ne peut pas être tenue pour valable comme règle générale pour l'autre, grand système de droit international économique, à savoir l'OMC, bien que le droit international doive être considéré aussi comme la véritable source du système communautaire.⁴⁶⁴

On abordera ce sujet dans la manière suivante. En premier lieu, on comparera l'interprétation donnée par l'Organe de résolution des différends de l'OMC à certaines normes des « covered agreements » de ce système, par rapport à l'approche retenue par la Cour de Justice aux normes similaires de droit communautaire (section I). Ensuite, on étudiera la question de l'effet direct des « covered agreements » sous l'angle du droit communautaire (section II).

⁽⁴⁶⁴⁾ V. PELLET A., Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire. *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1994, vol. 5, tome II, p. 248 et suiv.

Section 1. L'interprétation des obligations internationales dans le cadre de l'OMC et du droit de l'Union européenne.

La question de l'interprétation de la norme internationale comme conférant des droits individuels peut se poser soit en ce qui concerne une norme primaire (§1) soit au regard d'une norme secondaire (§2). Dans ce dernier cas, un rôle particulier semble jouer l'aménagement du système contentieux.

§1. – L'interprétation de la norme primaire.

L'article XI du GATT 1947 énonce d'une manière très détaillée l'interdiction pour les Etats d'adopter des restrictions quantitatives à l'importation ou à l'exportation des marchandises ou des mesures d'effet équivalent.⁴⁶⁵ Cette règle, objet des nombreux différends dans le cadre de l'OMC, a été considérée une des « cornerstones of the GATT system ». ⁴⁶⁶ D'abord, il faut remarquer que jamais les organes chargés de trancher des litiges portant sur l'application de cette norme ont estimé qu'elle entraînaient des droits individuels, non plus après en avoir appréciée la violation. En vertu de cette disposition, chaque Etat est défendu d'adopter tout type de mesure qui entrave les échanges des marchandises.⁴⁶⁷ Par exemple, des règles générales posées par des règlements

⁽⁴⁶⁵⁾ La règle se lit comme suit: “No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party”.

⁽⁴⁶⁶⁾ V. Panel Report, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/R, adopted 19 November 1999, as modified by Appellate Body Report WT/DS34/AB/R, DSR 1999:VI, 2363, par. 9.63.

⁽⁴⁶⁷⁾ L'article XI a été interprété d'une manière très large par les juges de l'OMC. Par exemple, il n'est pas nécessaire que la mesure en cause entrave le commerce, mais il suffit qu'elle « makes it more burdensome » la circulation d'une marchandise. V. Panel Report, *India – Measures Affecting the Automotive Sector* (WT/DS146/R, WT/DS175/R and Corr.1, adopted 5 April 2002, DSR 2002:V, 1827), par. 7.273. Pour ce qui concerne les restrictions *de facto*, la jurisprudence du GATT a confirmé qu'un lien de causalité est requis pour établir si la mesure en cause engendre une restriction quantitative au commerce. V. Panel Report, *Argentina – Measures*

communautaires ont été jugées contraires à l'article XI,⁴⁶⁸ ainsi qu'un ensemble cohérent de pratiques administratives,⁴⁶⁹ des décrets⁴⁷⁰ ou lois.⁴⁷¹ Ces éléments donc constituent les objets du contrôle de l'article XI. Il s'agit évidemment d'une approche « forte », lorsqu'on constate une violation de la règle internationale même du fait de sa simple existence.

A l'inverse, la CJCE a toujours interprété les articles 30, 31 et 34 du Traité de Rome du 1957, d'après lesquels « les restrictions quantitatives à l'exportation ou à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres de la Communauté », d'une manière tout à fait différente, bien que ces règles soient formulées d'une manière presque identique, sinon moins précise, par rapport à l'article XI du GATT 1947. Dès ses premières arrêts portant sur les restrictions quantitatives, la Cour de Justice a souligné qu'

« il est d'ailleurs toujours loisible aux intéressés qui s'estimeraient lésés par des décisions irrégulières d'un Etat membre de saisir les juridictions de cet

Affecting the Export of Bovine Hides and Import of Finished Leather (WT/DS155/R and Corr.1, adopted 16 February 2001, DSR 2001:V, 1779) para. 11.20 et suiv.

⁽⁴⁶⁸⁾ Par exemple, il y a une violation de l'article XI lorsqu'une règle interne interdit l'importation d'une marchandise au dessous d'un certain prix. V. Report of the Panel adopted on 18 October 197, (L/4687 - 25S/68), *European Community programme of minimum import prices, licences and surety deposits for certain processed fruits and vegetable*, para. 4.9.

⁽⁴⁶⁹⁾ Après avoir souligné le caractère générale de l'Article XI, en tant qu'il doit être appliqué « to all measures instituted or maintained by a contracting party prohibiting or restricting the importation, exportation or sale for export of products » (par. 104), dans l'affaire *Japan – Trade in semi-conductors*, (L/6309 - 35S/116, adopted on 4 May 1988) le Groupe spécial a jugé contraire à l'article XI l'adoption d'une série des mesures administratives qui, même si non contraignantes, avaient l'effet d'entraver la circulation des marchandises (par. 117).

⁽⁴⁷⁰⁾ V. Report of the Panel adopted on 12 July 1983, L/5511 - 30S/129, *Panel on Quantitative Restrictions against imports of certain products from Hong Kong*, par. 25. Dans le cadre du GATT, le terme « mesure » doit être interprété comme « any act of a Member, whether or not legally binding, and it can include even non-binding administrative guidance by a government ». V. Appellate Body Report, *Guatemala – Anti Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico*, WT/DS60/AB/R, adopted 25 November 1998, DSR 1998:IX, 3767, note n. 47.

⁽⁴⁷¹⁾ V. Panel Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R and Corr.1, adopted 6 November 1998, as modified by Appellate Body Report WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, 2821, par. 7.17.

Etat compétentes pour contrôler et annuler desdites décisions afin d'obtenir la sauvegarde appropriée de leurs droits et intérêts »

et que

« les dispositions des articles 31 et 32 obligent les autorités et, notamment, les juridictions compétentes des États membres pour sauvegarder les intérêts des justiciables affectés par une méconnaissance éventuelle desdites dispositions en leur assurant une protection directe et immédiate de leurs intérêts ». ⁴⁷²

En effet, d'après ce procédé, « la prohibition de l'article 31 se prête parfaitement par *sa nature* même à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables ». ⁴⁷³ Dans les mots de la Cour, la « nature » qui permet au particulier de se prévaloir de l'article 31 est le fait qu'elle exprime une « interdiction claire [...] de ne pas faire » et que elle « n'est assortie d'aucune réserve des États de subordonner sa mise en œuvre à un acte positif de droit interne ou à une intervention des institutions de la Communauté ». ⁴⁷⁴ Comme on voit, la Cour d'abord a précisé le droit d'action de l'individu face aux autorités nationales, qui sont « obligées » de constater la violation de l'obligation internationale lorsque des mesures nationales affectent les « intérêts » que les justiciables tirent de ces règles. Cela implique que l'événement imposé par la règle internationale est au profit des individus. Mais la « clarté » des règles ne justifient point ce constat pour deux raisons.

Premièrement, la Cour a précisé que « la libre circulation est un droit dont l'exercice ne peut dépendre d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une tolérance de l'administration nationale ». ⁴⁷⁵ Cette considération permet de dévoiler l'arrière pensée de l'effet direct, l'approche étant celle d'un droit « absolu » : aucune mesure étatique ne peut affecter

⁽⁴⁷²⁾ V. CJCE, 4 février 1965, *SARL Albatros contre Société des pétroles et des combustibles liquides (Sopéco)*, C-20/64, *Rec.*, p. 10.

⁽⁴⁷³⁾ V. CJCE, 19 décembre 1968, *Société par actions Salgoil contre Ministère du commerce extérieur de la République italienne*, C-13/68, *Rec.*, p. 673. Italiques ajoutés.

⁽⁴⁷⁴⁾ V. CJCE, *Salgoil*, cit., p. 675. V. aussi CJCE, 22 mars 1977, *Iannelli & Volpi SpA c. Ditta Paolo Meroni*, C-74/76, *Rec.*, p. 575.

⁽⁴⁷⁵⁾ V. CJCE, 8 février 1983, *Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-124/81, *Rec.*, p. 234.

l'exercice de cette liberté.⁴⁷⁶ Il y a un rapport direct parmi l'individu et la règle communautaire, dont il en est le « titulaire ». Evidemment, il s'agit d'une conception « individual-oriented » des obligations internationales élaborée par la Cour de Justice, qui permet de rendre effectif l'accomplissement des traités en conférant aux individus un droit d'action, ainsi permettant de saisir un juge nationale et d'écarter, par l'enjeu de la primauté, les normes internes contraires à ces obligations. De surcroît, la Cour a précisé que, lors de la violation des articles 30-33 du Traité, les individus peuvent aussi tirer des conséquences juridiques ultérieures à la seule mise à l'écart des normes internes incompatibles, par exemple demander le remboursement des taxes internes qui ont été qualifiées comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives.⁴⁷⁷ Il s'agit donc d'un remède de nature rétrospective, puisque il s'applique « à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation ».⁴⁷⁸ Les individus sont donc directement titulaires d'un droit à la réparation, qui découle directement de la violation de l'obligation primaire.

En second lieu, le fait que l'effet direct soit lié à une certaine formulation de l'obligation internationale peut être aisément démenti par la jurisprudence récente de la Cour de Justice. La preuve que les règles interdisant l'adoption de restrictions quantitatives engendrent aussi des obligations positives a été récemment donnée par la Cour de Justice d'après laquelle

⁽⁴⁷⁶⁾ Cette interprétation « individual oriented » du droit international a permis à la Cour d'interpréter d'une manière très large les règles visant l'interdiction de restrictions quantitatives, en affirmant que « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives ». V. CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, C-8/74, *Rec.*, p. 852. V. aussi, pour des applications du principe énoncé par cet arrêt, CJCE, 26 février 1976, *Riccardo Tasca*, C-65/75, *Rec.*, p. 309 ; CJCE, 20 mai 1975, *Adriaan de Peijper, directeur de la société Centrafarm BVjper*, C-104/75, *Rec.*, p. 635 ; CJCE, 7 avril 1981, *NV United Foods et PVBA Aug. Van den Abeele contre État belge*, C-132/80, *Rec.*, p. 995, par. 31.

⁽⁴⁷⁷⁾ V. CJCE, 13 décembre 1983, *Apple and Pear Development Council contre K.J. Lewis Ltd et autres*, C-222/82, *Rec.*, p. 4125, d'après lequel « il s'ensuit que les dispositions communautaires indiquées ci-dessus constituent un moyen de défense opposable à une demande visant à obtenir le paiement d'une taxe incompatible avec ces dispositions et qu'elles peuvent également fonder une demande visant à obtenir la restitution d'une telle taxe perçue indûment ».

⁽⁴⁷⁸⁾ V. CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre Denkavit italiana Srl.*, C-61/79, *Rec.*, p. 1223.

« l'article 30 impose donc aux États membres non seulement de ne pas adopter eux-mêmes des actes ou des comportements susceptibles de constituer un obstacle aux échanges, mais également, en liaison avec l'article 5 du traité, de prendre toutes mesures nécessaires et appropriées pour assurer sur leur territoire le respect de cette liberté fondamentale ». ⁴⁷⁹

Ce principe, dégagé à l'occasion d'un recours en manquement, a été récemment appliqué par voie préjudicielle. En effet, le requérant au principal se plaignant de la violation de part de l'Autriche de l'obligation positive de ne pas avoir pris tous les mesures nécessaires à empêcher une manifestation publique afin d'éviter un entrave à la libre circulation des marchandises, la Cour a bien constaté la violation de l'article 30 du Traité. Elle a ainsi appliqué directement cette règle au litige au bénéfice d'un individu, bien qu'elle ait ensuite fait prévaloir la liberté d'association telle qu'elle est énoncée par les articles 10 et 11 de la Convention EDH. ⁴⁸⁰ Dans ce cas, l'obligation positive d'adopter les mesures nécessaires à empêcher toute entrave à la libre circulation des marchandises implique évidemment l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire étatique et, à la rigueur, elle pourrait être considérée comme une obligation s'adressant seulement aux Etats. ⁴⁸¹

§2. – L'interprétation de la norme secondaire.

On analysera par la suite la position adoptée par les Organes de résolution des différends au sein de l'OMC par rapport à la « mise en conformité » des mesures étatiques jugées contraires aux « covered agreements » (a) et celle retenue par la C.J.U.E. à l'égard de droit des aides d'Etats dans le système communautaire. (b)

⁽⁴⁷⁹⁾ V. CJCE, 9 décembre 1997, *Commission des Communautés européennes contre République française*, C-265/95, Rec., p. 6999-I.

⁽⁴⁸⁰⁾ V. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*, C-112/00, Rec., pp. 5715-I et suiv.

⁽⁴⁸¹⁾ Selon une jurisprudence constante, les normes sur la libre circulation des marchandises ne s'appliquent pas aux rapports entre particuliers, n'ayant pas un 'horizontal direct effect', bien que des auteurs aient récemment critiqué cette approche de la CJUE. V. KRENN C., A missing piece in the horizontal effect 'Jigsaw' : horizontal direct effect and the free movement of goods. *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, p. 207 et suiv. Toutefois, le fait que ces normes ne soient pas invocables à l'encontre des particuliers peut être la preuve qu'il s'agit encore d'obligations pesant sur les Etats, ne pouvant la Cour forcer d'une manière telle le texte des traités jusqu'à détruire leur sens littéral.

a) La mise en conformité dans le cadre de l'OMC.

Au regard des conséquences juridiques qui découlent de la violation de l'article XI, l'ORD a toujours suggéré à l'Etat coupable de prendre toute mesure « to ensure observance » de l'article XI.⁴⁸² Par conséquent, l'obligation secondaire qui découle de la violation de l'obligation primaire est une obligation de « mise en conformité », dont l'autre destinataire est toujours un Etat, titulaire du droit à la réparation. Cela est particulièrement évident lorsque les Etats parties au litige s'engagent par convention afin de mettre en œuvre le report d'un Groupe spécial.⁴⁸³ Cette approche est cohérente avec l'énoncé de l'article 19.1 de l'*Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes* (par la suite DSU) d'après lequel les Groupes spéciaux ou l'Organe d'appel « shall recommend that the Member concerned bring the measure into conformity with that agreement » au cas où une violation des accords aurait été constatée. Généralement, la recommandation de l'organe de mise en conformité est une obligation positive, c'est-à-dire qu'on conseille à l'Etat un « prompt removal of the measure inconsistent ». ⁴⁸⁴ La même obligation positive découle aussi lors de la violation d'une obligation primaire positive.⁴⁸⁵

⁽⁴⁸²⁾ V., *inter alia*, Report of the Panel adopted on 22 March 1988, L/6304 - 35S/37, *Panel on import, distribution and sale of alcoholic drinks by Canadian Provincial marketing Agencies*, par. 4.36. V. aussi Panel Report, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, adopted 22 September 1999, upheld by Appellate Body Report WT/DS90/AB/R, DSR 1999:V, 1799, par. 6.2 et Panel Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adopted 10 January 2001, as modified by Appellate Body Report WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, DSR 2001:I, 59, par. 845 (g) et 847. V. aussi *Japan – Trade*, cit., par. 132 et *Panel on Quantitative Restrictions against imports of certain products from Hong Kong*, cit., par. 34.

⁽⁴⁸³⁾ V., par exemple, Panel Report, *India – Autos*, cit., par. 7.107 et ss. Dans cette affaire, le Groupe spécial a dû résoudre la question de savoir si un accord stipulé entre l'Inde et l'UE pour la mise en œuvre d'une précédente décision d'un Groupe spécial avait effectivement clos le contentieux entre les Etats concernés.

⁽⁴⁸⁴⁾ V. Panel Report, *United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man made Fibre Underwear*, WT/DS24/R, adopted 25 February 1997, as modified by Appellate Body Report WT/DS24/AB/R, DSR 1997:I, 31, par. 8.3.

⁽⁴⁸⁵⁾ L'Inde ayant violé l'obligation de mettre en œuvre un système temporaire de protection de la propriété intellectuelle d'après l'article 70 (8) a du *TRIPs Agreement*, afin de reconnaître un droit de priorité aux requérants, le Groupe spécial s'est limité à recommander à l'Inde de « bring its transitional regime for patent protection of pharmaceutical and agricultural chemical products

Cette approche des juges de l'OMC montre clairement que les obligations, primaires ou secondaires, découlant des « covered agreements », n'envisagent nullement les individus. En effet, le système contentieux de l'OMC vise à la mise en conformité de l'Etat qui a manqué ses obligations.⁴⁸⁶ Cela ressort clairement de l'article 19.1 du DSU. On se pose donc la question d'établir le contenu de cette obligation. D'abord, on pourrait relever l'affinité entre l'obligation de mise en conformité, découlant de la violation d'un « covered agreement », et la clause de conformité énoncée par l'article XVI : 4 de l'Accord de Marrakech, d'après laquelle « each Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements ». Il y aurait donc plusieurs raisons pour soutenir que la mise en conformité, après l'appréciation d'une violation, soit le retrait d'un acte de l'Etat jugé coupable et que cela se fasse moyennant une activité normative, la conformité de l'ordre interne à l'accord international étant l'objet du différend. En effet, l'article XVI : 4 de l'Accord de Marrakech a été interprété comme une renonce des Etats « à la faculté de choisir la façon de remplir leur obligation en déterminant par avance les moyens de l'exécution ».⁴⁸⁷ A ce sujet, il faut noter une certaine affinité entre l'article 3.7 du DSU, qui impose le retrait de la mesure jugée incompatible avec les « covered agreements » comme la finalité du règlement des différends, et l'article 4.7 de *l'Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (par la suite : SCM Agreement) qui engage les Groupes Spéciaux à recommander le « withdraw the subsidy without delay », lors de la constatation d'une violation de cet accord.⁴⁸⁸ Dans le cadre de ce dernier accord, le Groupes spéciaux ont presque toujours recommandé le retrait de la mesure.⁴⁸⁹

into conformity with its obligations under the TRIPS Agreement ». V Panel Report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, Complaint by the United States*, WT/DS50/R, adopted 16 January 1998, as modified by Appellate Body Report WT/DS50/AB/R, DSR 1998:I, 41, par. 8.2.

⁽⁴⁸⁶⁾ L'obligation de mise en conformité entraînant des résultats différents suivant les cas, il ne s'agit pas d'un concept univoque parce qu'elle représente la tension entre unilatéralisme et multilatéralisme du système de l'OMC. V. CARMODY C., *Remedies and Conformity under the WTO Agreement*. *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5. p. 322 et suiv.

⁽⁴⁸⁷⁾ V. NOUVEL Y., *Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC*. *Annuaire français de droit international*, 2002, vol. 48, p. 659 p. 659.

⁽⁴⁸⁸⁾ L'article 3.7 du DSU se lit comme suit: « Before bringing a case, a Member shall exercise its judgement as to whether action under these procedures would be fruitful. The aim of the dispute

En dehors du *SCM Agreement*, en revanche, les Groupes Spéciaux se bornent à recommander la mise en conformité de manière générale, sans spécifier le contenu de cette obligation ; les organes du DSB ont rarement recommandé aux Etats de « retirer » la mesure en violation d'un accord différent de l'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*. Ils ont plutôt affirmé que l'article 19.1 confère aux organes de résolution de différends un pouvoir d'appréciation (« may ») « to suggest ways in which a Member could implement the relevant recommendation ».⁴⁹⁰ En vertu d'une interprétation « claire » de l'article 3.7 du DSU, le Groupe spécial n'est qu'obligé à recommander à l'Etat la simple mise en conformité aux obligations découlant des traités,

settlement mechanism is to secure a positive solution to a dispute. A solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the covered agreements is clearly to be preferred. In the absence of a mutually agreed solution, the first objective of the dispute settlement mechanism is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements. The provision of compensation should be resorted to only if the immediate withdrawal of the measure is impracticable and as a temporary measure pending the withdrawal of the measure which is inconsistent with a covered agreement. The last resort which this Understanding provides to the Member invoking the dispute settlement procedures is the possibility of suspending the application of concessions or other obligations under the covered agreements on a discriminatory basis vis-à-vis the other Member, subject to authorization by the DSB of such measures ». L'article 4.7 de l'accord SCM: « If the measure in question is found to be a prohibited subsidy, the panel shall recommend that the subsidizing Member withdraw the subsidy without delay. In this regard, the panel shall specify in its recommendation the time-period within which the measure must be withdrawn. »

⁽⁴⁸⁹⁾ V. Panel Report, *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/R, adopted 20 August 1999, as modified by Appellate Body Report WT/DS46/AB/R, DSR 1999:III, 1221, par. 8.4; Panel Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R, adopted 20 August 1999, upheld by Appellate Body Report WT/DS70/AB/R, DSR 1999:IV, 1443, par. 10.3; Panel Report, *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"*, WT/DS108/R, adopted 20 March 2000, as modified by Appellate Body Report WT/DS108/AB/R, DSR 2000:IV, 1675, par. 8.3; Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, adopted 19 June 2000, as modified by Appellate Body Report WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, DSR 2000:VII, 3043, par. 11.5

⁽⁴⁹⁰⁾ V. Panel Report, *United States – Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/R, adopted 31 August 2004, as modified by Appellate Body Report WT/DS264/AB/R, DSR 2004:V, 1937, par. 8.4-6.

puisque « the choice of means is decided, in the first instance, by the Member concerned », ⁴⁹¹ en excluant parfois de suggérer même le retrait de la mesure. ⁴⁹²

Les juges de l'OMC ont ainsi refusé à plusieurs reprises de suggérer à l'Etat coupable de se conformer à leurs décisions en édictant des mesures spécifiques différentes du retrait de la même mesure, comme par exemple un remboursement s'adressant aux sujets privés endommagés. ⁴⁹³ En revanche, parfois les juges ont prescrit les moyens à adopter pour la mise en conformité : par ailleurs, en estimant nécessaire de retirer ou mettre à néant la mesure spécifique, ils ont justifié ce choix comme tout à fait exceptionnel, tenu compte de la « fundamental and pervasive nature of the multiple inconsistencies » de l'affaire spécifique. ⁴⁹⁴

⁽⁴⁹¹⁾ V. Panel Report, *United States – Anti Dumping Measures on Certain Hot Rolled Steel Products from Japan*, WT/DS184/R, adopted 23 August 2001 modified by Appellate Body Report WT/DS184/AB/R, DSR 2001:X, 4769, para. 8.11 et suiv. V. aussi Appellate Body Report, *United States – Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods (OCTG) from Mexico*, WT/DS282/AB/R, adopted 28 November 2005, DSR 2005:XX, 10127, para. 189. Même dans les différends récents, les Groupes spéciaux se limitent à recommander la simple mise en conformité aux obligations découlant des accords. V. Panel Report, *Dominican Republic – Safeguard Measures on Imports of Polypropylene Bags and Tubular Fabric*, WT/DS418/R, adopted 31st January 2012, par. 8.3; Panel Report, *United States – Anti-Dumping Measures on Certain Shrimp from Viet Nam*, WT/DS404/R, adopted 2 September 2011, par. 8.3. La solution est la même lorsque un acte interne (une taxe) ait été jugée contraire à l'art. III :2 du GATT : Panel Reports, *Philippines – Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396/R / WT/DS403/R, adopted 20 January 2012, as modified by Appellate Body Reports WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R, par. 8.4.

⁽⁴⁹²⁾ V., par exemple, Panel Report, *European Communities – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*, WT/DS397/R and Corr.1, adopted 28 July 2011, as modified by Appellate Body Report WT/DS397/AB/R, par. 8.5 et suiv.

⁽⁴⁹³⁾ V. Panel Report, *Guatemala – Definitive Anti Dumping Measures on Grey Portland Cement from Mexico*, WT/DS156/R, adopted 17 November 2000, DSR 2000:XI, 5295, par. 9.7. V. aussi Panel Report, *US – Hot Rolled Steel*, cit., para. 8.14 et Panel Report, *European Communities – Anti Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil*, WT/DS219/R, adopted 18 August 2003, as modified by Appellate Body Report WT/DS219/AB/R, DSR 2003:VII, 2701, para. 8.9 et suiv. Dans l'affaire *India – Patents (US)*, cit., par. 7.65-66, le Groupe spécial a précisé que l'Inde devait tenir compte des intérêt des personnes qui avaient adressé une requête de protection des leurs droits de propriété intellectuelle, en soulignant toutefois que la recommandation ne devait pas être considérée comme un « declaratory judgement », mais « as an attempt to secure a positive solution to this dispute as required under Article 3.7 of the DSU ».

⁽⁴⁹⁴⁾ Panel Report, *Mexico – Anti Dumping Duties on Steel Pipes and Tubes from Guatemala*, WT/DS331/R, adopted 24 July 2007, DSR 2007:IV, 1207, par. 8.13. Dans des autres affaires, le

Le choix de ne pas préciser le contenu de l'obligation de mise en conformité, même lorsqu'il s'agit d'un différend portant sur un acte interne, s'explique par une certaine politique judiciaire des organes contentieux. Des recommandations peu détaillées laissent un pouvoir d'appréciation majeur quant à leur exécution et donc poussent l'Etat requérant à accepter une « less-than-adequate response » de l'Etat défendeur, de peur d'être obligé, à son tour, d'être obligé de mettre en œuvre une recommandation de la même teneur au cas où il serait défendeur. Ce résultat rappelle un aménagement diplomatique des différends.⁴⁹⁵ En second lieu, il faut lire les rapports des groupes spéciaux dans la logique du système, qui est de parvenir à une « solution négociée » dans les limites où cela soit possible.⁴⁹⁶ En effet, la teneur de l'article 3.7 du DSU souligne clairement que la compensation n'est qu'exceptionnelle et transitoire et que seulement en dernier ressort il est loisible aux Etats d'adopter des contremesures autorisées, lors de l'inaccomplissement de la recommandation de part de l'autre Etat et en défaut d'un accord. L'obligation générale est de mise en conformité – de retrait – mais, d'ailleurs, elle n'est pas la seule option. Il est certes vrai que la mise en conformité correspond à la cessation du fait illicite, donc à un remède de nature prospective. Cela est confirmé aussi par le commentaire de l'article 30 du Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, où on souligne que « le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce s'intéresse beaucoup plus aux problèmes de cessation que de réparation ».⁴⁹⁷

Groupes spéciaux ont refusé de recommander le retrait de la mesure objet du différend puisque celle-ci avait déjà cessé de produire des effets juridiques dans l'Etat partie du litige. V., par exemple, Panel Report, *European Union – Anti-Dumping Measures on Certain Footwear from China*, WT/DS405/R, adopted 22 February 2012, par. 8.7.

(⁴⁹⁵) V. HUDEC R. E., Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement. *Improving WTO Dispute Settlement Procedures – Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals* / ed. par Friedl WEISS. London: Cameron May, 2000, p. 381.

(⁴⁹⁶) V. RUIZ FABRI H., Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. *Journal du droit international*, 2000, p. 607-621.

(⁴⁹⁷) V. Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, *op. cit.*, p. 94. Il faut néanmoins noter que la recommandation citée dans le commentaire de cet article concerne un cas où un Group spéciale a jugé bon d'imposer à l'Australie la restitution d'un aide contraire à l'article 4.7 de l'Accord SCM. V. Panel Report, *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the*

Par ailleurs, il y a des marges pour une possible lecture « individual-oriented » du système de mise en œuvre. En effet, le concept de « withdrawal », énoncé par les articles 3.7 DSU et 4.7 de l'Accord SCM, coïncide avec la « juridical restitution » telle qu'elle a été codifiée comme une forme particulière de « restitution » d'après l'article 35 du Projet d'Articles.⁴⁹⁸ Le chevauchement entre ces deux concepts est expliqué par la difficile distinction entre restitution et cessation du fait illicite, qui a donné lieu à un très long débat dans la Commission de Droit international lors de l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.⁴⁹⁹ En effet, quand l'objet du différend porte sur une

*United States, WT/DS126/RW and Corr.1, adopted 11 February 2000, DSR 2000:III, 1189, par. 6.20. Cette approche, critiquée par les Etats parties de l'OMC et par les auteurs, n'a pas été retenue dans les autres affaires successifs concernant l'application du SCM agreement. V. WOUTERS J.; COPPENS D., An Overview of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures – Including a Discussion of the Agreement on Agriculture. *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade* / ed. par Kyle W. BAGWELL, George A. BERMANN, Petros C. MAVROIDIS. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 57.*

(⁴⁹⁸) « Le terme « restitution juridique » est parfois employé dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ou suppose la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre du système juridique de l'État responsable, soit dans le cadre de ses relations juridiques avec l'État lésé ». V. Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, *op. cit.*, p. 104.

(⁴⁹⁹) La distinction entre la cessation du fait illicite et la « juridical restitution » énoncée par l'article 35 des du Projet d'Article a été l'objet d'un long débat au sein de la Commission du droit international. La distinction parmi ces deux normes n'est pas encore tout à fait claire. En relevant que « the target of cessation is the wrongful conduct *per se*, namely the very source of responsibility' », le premier Rapporteur précisa que « as such, cessation does not affect the consequences—legal or factual—of the past wrongful conduct » puisque « it responds to the exigencies of fulfillment of the original legal relationship between the parties as established and maintained by the primary rule ». Dans cette vision, la cessation n'est que l'expression de l'adage « pacta sunt servanda », dans la mesure où elle suppose que l'obligation primaire soit encore en vigueur. A l'inverse, dans ce Rapport on voit comme il n'y a pas de différence entre restitution matérielle et juridique, puisque – pour l'Etat qui a commis la violation – « to return an unlawfully occupied or annexed territory, to withdraw a customs line unlawfully advanced, to restore to freedom a person unlawfully arrested and detained, or to re-establish in their homeland a group of persons unlawfully expelled and expropriated, legal provision must be made at the constitutional, legislative, judicial and/or administrative level. From that viewpoint restitutio will be essentially legal ». V. ARANGIO-RUIZ Gaetano, Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1988, vol. II (1), points 40-41 et 80. Il faut cependant faire deux remarques. En premier lieu, ce dernier raisonnement est valable lorsque la norme primaire violée n'oblige l'Etat qu'à avoir dans son ordre juridique une règle juridique précise, donc quand le comportement objet de l'obligation internationale est essentiellement juridique. De la même manière, la mise à néant d'une mesure interne satisfait

mesure interne (une loi, une pratique administrative), la cessation du fait illicite peut prendre forme de l'annulation de cette mesure pour qu'elle ne produise plus des effets juridiques dans le droit interne. En ce cas, des effets rétroactifs ne sont pas exclus du point de vue de l'ordre interne. Par rapport à cette question, toutefois, les accords de l'OMC rien imposent à l'Etat, qui est donc libre de tirer toutes les conséquences juridiques souhaitées dans ses rapports internes avec les individus affectés.

Par ailleurs, le fait qu'une convention internationale rien impose par rapport aux conséquences juridiques internes, qui découleraient de la méconnaissance d'une obligation internationale, n'exclut pas que les organes appelés à interpréter les règles internationales parviennent à une telle conclusion ou que les Etat s'y engagent. Il s'agit donc d'interpréter l'obligation de « mise en conformité » et de « retrait de la mesure ». En effet, on peut apercevoir une double interprétation qui pourrait être donnée à l'obligation de retrait de la mesure, une fois approchées deux décisions des Groupes spéciaux très proches dans le temps. D'après la première, portant sur l'*Accord SCM*

« we do not agree that it is possible to conclude that repayment of the "prospective portion" of prohibited subsidies paid in the past is a remedy having only prospective effect. In our view, where any repayment of any amount of a past subsidy is required or made, this by its very nature is not a purely prospective remedy. [...] In our view, if the term "withdraw the subsidy" can properly be understood to encompass repayment of any portion of a prohibited subsidy, "retroactive effect" exists [...]. An interpretation of "withdraw the subsidy" which encompasses repayment is consistent with the overall structure of the SCM Agreement, as well as with the explicit prohibition of certain subsidies and special dispute settlement procedures provided for in such cases ».⁵⁰⁰

En revanche, lorsque, dans le second affaire, le Groupe spécial a précisé que

l'obligation de réparation quand la mesure n'a pas produit aucun effet matériel, n'a pas encore été mise en œuvre ou exécutée (v., par exemple, *Yerodia*). Dans les autres cas, la mise à néant d'un acte juridique est parfois le moyen qui permet la réparation, puisque seulement après l'accomplissement de l'acte matériel l'obligation de réparation sera entièrement respectée. Sur la difficulté de distinguer parmi « juridical restitution » et cessation du fait illicite, v. aussi CRAWFORD J., Third report on State responsibility, U.N. Doc. A/CN.4/507/Add.1, point 131 et suiv. GRAY C., The different forms of reparation restitution *The Law of International Responsibility* / ed. par James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 590.

(⁵⁰⁰) V. Panel Report, *Australia – Automotive Leather II* (Article 21.5 – US), cit., par. 6.22, 6.34-35.

‘in framing this issue for consideration, we do not imply that the European Communities is under an obligation to remedy past discrimination. Article 3.7 of the DSU provides that "... the first objective of the dispute settlement is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements." This principle requires compliance *ex nunc* as of the expiry of the reasonable period of time for compliance with the recommendations and rulings adopted by the DSB. If we were to rule that the licence allocation to service suppliers of third-country origin were to be "corrected" for the years 1994 to 1996, we would create a retroactive effect of remedies *ex tunc*. However, in our view, what the EC is required to ensure is to terminate discriminatory patterns of licence allocation with prospective effect as of the beginning of the year 1999.’⁵⁰¹

Il est évident que, lorsque la mise en conformité se fait par le retrait d’une mesure, la portée de l’obligation de mise en conformité dépend de l’interprétation qu’on donne au système conventionnel en général, si les Etats ont voulu entendre par « retrait » aussi l’élimination de toute conséquence juridique interne produite par la mesure. Cela est confirmé par deux affaires où l’Etat requérant avait demandé au Group spécial de recommander soit le retrait de la mesure, soit le remboursement du montant perçu sur la base de cette mesure.⁵⁰² On peut donc exclure que les Etats soient obligés de faire produire des effets rétroactifs découlant de la violation d’une obligation des accords multilatéraux de l’OMC, étant donné que le retrait de la mesure a été interprété soit par le DSB soit par les Etats membres comme n’obligeant les Etats que *pro futuro*.⁵⁰³ Cela est encore plus évident si on considère que les organes chargés de trancher les litiges préfèrent d’adopter un certain « self-restraint » en s’appuyant sur l’article 19.1 du DSU, qui leur confère la faculté de suggérer les moyens pour la mise en œuvre des

(⁵⁰¹) V. Panel Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador*, WT/DS27/RW/ECU, adopted 6 May 1999, DSR 1999:II, 803, par. 6.105.

(⁵⁰²) V. Panel Report, Panel Report, *Guatemala – Cement II*, cit, par. 9.6-7 et Panel Report, *US – Hot Rolled Steel*, cit., para. 8.9-14.

(⁵⁰³) L’opposition des Etats parties de l’OMC à la recommandation *Australia – Automotive Leather II (Article 21.5 US)* a été souligné par GOH G.; ZIEGLER A. R., Retrospective remedies in the WTO after Automotive Leather. *Journal of International Economic Law*, 2003, vol. 6, p. 549-550. V. aussi SHADIKHODJAEV S.; PARK N., Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System: A View from the Law of State Responsibility. *Journal of World Trade*, 2007, vol. 41 p. 1246 et suiv. Sur cette question LESAFFRE H., *Le règlement des différends au sein de l’OMC et le droit de la responsabilité internationale*. Paris: L.G.D.J, 2007, p. 285 et suiv.

recommandations, plutôt que faire référence à l'article 3.7 du DSU, qui énonce clairement le retrait de la mesure comme un objectif du système contentieux. En effet, le Groupe spécial dans l'affaire *Australia – Automotive Leather II (Article 21.5 US)* s'est référé d'une manière très claire à l'article 3.7 du DSU pour supporter son interprétation de l'article 4.7 de l'Accord SCM, ainsi dégageant des effets rétroactifs.⁵⁰⁴

Si on prouve que les organes du DSB pourraient bien donner une différente interprétation de l'Article 19.1,⁵⁰⁵ alors le choix d'exclure que les Etats soient obligés de réparer, du point de vue interne, les effets engendrés par une mesure jugée contraire à un « covered agreement » s'explique aussi par la nature interétatique du contentieux de l'OMC.⁵⁰⁶ En effet, une obligation de réparation entraînerait la prise en considération des

⁽⁵⁰⁴⁾ V. Panel Report, *Australia – Automotive Leather II (Article 21.5 US)*, cit., par. 6.29.

⁽⁵⁰⁵⁾ Cette hypothèse est confirmée par MATSUSHITA M.; SCHOENBAUM T. J; MAVROIDIS P., *The World Trade Organisation: Law, Practice, and Policy*. 2e éd. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 186. V. aussi PAUWELYN J., *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 222 et suiv. ; STEGER D., *The WTO dispute settlement system : Jurisdiction, interpretation and remedies. Agreeing and Implementing the Doha Round of the WTO / ed. par Harald HOHMANN*. Cambridge : Cambridge University Press, p. 304-305. Sur le fait que le système de l'OMC n'exclut pas l'application des normes coutumières à moins qu'il n'y ait une contradiction spécifique, v. PAUWELYN J., *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?* *American Journal of International Law*, 2001, vol. 95, p. 543. Dans la pratique du GATT 1947, des Groupes Spéciaux avaient recommandé le remboursement des montants perçus sur la base d'une mesure anti-dumping jugée illégale. Cela montre que le pouvoir de recommander la suppression des effets négatifs découlant de la violation d'un 'covered agreement' bien pourrait être exercé par les organes du DSB. V. MAVROIDIS P., *Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place*. *European Journal of International Law*, 2002, vol. 11, p. 775-790, p. 775 et suiv et 783 et suiv.

⁽⁵⁰⁶⁾ Sur cette interprétation "large" de l'article 19.1, on pourrait faire référence au passage d'un Report d'après lequel « the special and additional rules applicable under Parts II and III of the SCM Agreement do not require a panel to specify how the implementation of recommendations under Articles 4.7 and 7.8 should be effected by the subsidizing Member(s). In this context, we recall that the second sentence of Article 19.1 of the DSU provides that a panel "may" suggest ways in which a recommendation could be implemented. Assuming that this provision also applies to recommendations under Articles 4.7 and 7.8 of the SCM Agreement, we note the observation of the panel in *US – Hot Rolled Steel* that the means of implementation is, pursuant to Article 21.3 of the DSU, for the Member concerned, in the first instance ». V. Panel Report, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R, adopted 1 June 2011, as modified by Appellate Body Report, WT/DS316/AB/R, par. 8.8. Il est d'ailleurs clair que le principal destinataire de l'obligation de

effets, positifs ou négatifs, que la mesure étatique a produit à l'encontre ou à faveur des opérateurs commerciaux, et donc à des sujets privés. Le DSB n'a presque jamais pris en considération ces effets en imposant aux entreprises, par exemple, la restitution des aides d'Etat jugés contraires à l'Accord SCM.⁵⁰⁷

Enfin, il faut observer que, dans le cadre de l'OMC, l'article XI : 2 du Marrakesh Agreement établit d'une manière très claire qu'il ressort à la Conférence ministérielle et au Conseil général la « exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements ». Face à cette compétence exclusive, l'Organe d'appel a confirmé que, tenu compte de « explicit aim of dispute settlement that permeates the DSU », l'Article 3.2 du DSU ne doit pas être interprétée de façon à « encourage either the Panels or the Appellate Body to 'make law' by clarifying existing provisions of the WTO Agreement outside the context of resolving a particular dispute ». ⁵⁰⁸ La finalité du règlement de différend étant celle de parvenir à un « solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the covered agreements » d'après l'article 3.7 du DSU, cela entraîne un certain « self-restraint » de

mise en conformité est l'Etat membre de l'OMC, qui jouit d'une marge d'appréciation pour la mise en œuvre de la recommandation.

(⁵⁰⁷) Sauf que l'affaire *Australia – Automotive Leather II* (Article 21.5 – US), la pratique du DSB est cohérent en excluant tout effet rétroactif. V. récemment Panel Report, *United States – Measures affecting trade in large civil aircraft (second complaint)*, WT/DS353/R, adopted 31 march 2011, par. 8.6 ; Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint)*, WT/DS353/AB/R, adopted 23 March 2012, par. 1352; Panel Report, *Korea – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, WT/DS273/R, adopted 11 April 2005, DSR 2005:VII, 2749, par. 8.699. Aussi pour ce qui concerne le demande de remboursement des 'countervailing duties' jugés contraires à l'Accord SCM, le Panel s'est refusé d'en recommander la restitution : v., par exemple, Panel Report, *Japan – Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea*, WT/DS336/R, adopted 17 December 2007, as modified by Appellate Body Report WT/DS336/AB/R, DSR 2007:VII, 2805 par. 8.7, 8.8.

(⁵⁰⁸) V. Appellate Body Report, *United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, adopted 23 May 1997, and Corr.1, DSR 1997:I, 323, p. 19. La fonction de l'art. IX : 2 est double : d'un part, cette règle peut être considérée comme une réponse du pouvoir « législatif » face au risque d'un trop poussé « judicial activism » du DSB ; de l'autre, elle délimite les compétences qui ressortent du DSB, en remarquant la nature « non autoritative » de l'interprétation donnée aux accords par les Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. V. EHLERMANN C.-D.; EHRING L., *The Authoritative Interpretation under Article IX: 2 of the Agreement Establishing the World Trade Organization: Current Law, Practice and Possible Improvements*. *Journal of International Economic Law*, 2005, vol. 8, p. 812 et suiv.

l'organe chargé de trancher un litige par rapport à des possibles implications sur les individus, en devant garantir une « proper balance between the rights and obligations of Member », comme l'article 3.3. du DSU souligne. Ce rapport de subordination entre les organes chargés de trancher un litige et ceux qui représentent les Etats est évident lorsqu'on constate que les recommandations des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel ne deviennent contraignants qu'après une décision du DSB, bien qu'un rejet de cette recommandation soit plutôt théorique à cause de la règle du consensus inversé.⁵⁰⁹

b) La violation des règles sur les aides d'Etat dans le cadre du droit de l'UE.

La Cour de Justice a donnée une interprétation « individual-oriented » aux articles 107 et 108 du TFUE (les articles 87 et 88 du traité CE et 92 et 93 du Traité de Rome) en matière d'aides d'Etat. En particulier, l'article 108 (2) confère à la Commission le pouvoir d'ordonner à l'Etat la suppression ou la modification de l'aide jugée incompatible avec le marché interne et, le cas échéant, le pouvoir de saisir la Cour de Justice en cas de non respect de sa décision. La saisine de la Cour de Justice étant réservée à la Commission en dérogation aux règles ordinaires de ce type de recours, qui prévoient une procédure précontentieuse, le traité de Rome envisageait donc le recours en manquement, qui oppose l'institution et l'Etat concerné, comme l'enceinte approprié pour faire valoir le respect de ces règles. Il s'agit donc d'une procédure contentieuse qui n'envisage point la participation ou la prise en considération des intérêts des individus par rapport au respect aux règles sur les aides d'Etat. Cette circonstance est confirmé aussi par la formulation des règles sur les aides d'Etat, qui rien imposent par rapport aux conséquences juridiques découlant de l'appréciation de l'illégalité de l'aide.

Or, dans le cadre du recours en manquement, la Cour de Justice a établi l'obligation pour les Etats de récupérer les aides versées illégalement, en imposant par conséquent aux entreprises de les restituer. Dans l'affaire *Commission c. Allemagne*, la Cour a affirmé pour la première fois que la

« suppression ou modification, pour avoir un effet utile, peut comporter l'obligation d'exiger le remboursement d'aides octroyées en violation du traité

(⁵⁰⁹) V. CANAL-FORGUES E., *Le règlement des différends à l'OMC*. 3^e éd. Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 33.

[...], l'objectif du traité étant d'aboutir à l'élimination effective des manquements et de leurs conséquences passées et futures ». ⁵¹⁰

Cette obligation de recouvrement s'adresse aux entreprises bénéficiaires, conséquence largement admise par la jurisprudence de la Cour. En effet, du fait que l'Etat a violé l'interdiction de donner des aides illégales découle une obligation de restitution, de nature secondaire et rétrospective, à la charge des entreprises bénéficiaires envers l'Etat créancier. Premièrement, cela ressort des arrêts de la Cour de Justice par lesquels elle a vérifié si l'Etat, destinataire formel de la décision imposant le recouvrement de l'aide auprès des entreprises qui en avaient bénéficié, a effectivement mis en œuvre la décision de la Commission. ⁵¹¹ En second lieu, le fait que les entreprises affectées par la décision de la Commission peuvent attaquer cet acte bien qu'il s'adresse à l'Etat en lui imposant de récupérer l'aide, démontre que ces sujets sont directement envisagés au fur et à mesure que le droit communautaire leur impose directement une obligation secondaire de restitution. ⁵¹² Enfin, l'existence d'une telle obligation découle du fait que sur les entreprises pèse un devoir de diligence, ne pouvant les sujets privés opposer la confiance légitime afin d'échapper à l'obligation de restitution d'une aide jugée incompatible avec le marché commun ; en d'autres termes, elles doivent se renseigner si l'aide leur va être octroyée en méconnaissance des règles communautaire. ⁵¹³

⁽⁵¹⁰⁾ CJCE, 12 juillet 1973, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, C-70/72, *Rec.*, p. 813, par. 13 ; v. aussi CJCE, 14 février 1990, *République française contre Commission des Communautés européennes*, C-301/87, *Rec.*, pag. 307-I, par. 12.

⁽⁵¹¹⁾ CJCE, 7 juin 1988, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, C-63/87, *Rec.*, p. 2875, par. 14. Récemment, CJUE, 17 novembre 2011, *Commission européenne contre République italienne*, C-496/09, non publiée, par. 26 et suiv. ; CJUE, 13 octobre 2011, *Commission européenne contre République italienne*, C-454/09, non publiée, par. 35 et suiv.

⁽⁵¹²⁾ V., *inter alia*, CJUE, 21 décembre 2011, *ACEA SpA contre Commission européenne*, C-319/09 P., non publié, par. 54 et suiv. ; CJUE, 28 juillet 2011, *Mediaset SpA contre Commission européenne*, C-403/10 P., non publié e la décision de la Commission du 24 janvier 2007, 2007/374/CE, article 2 ; CJCE, 24 février 1987, *Deufil GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes*, C-310/85, *Rec.*, pag. 901, par. 20 et suiv. avec la décision de la Commission du 10 juillet 1985, 85/471/CEE, article 3 .

⁽⁵¹³⁾ C'est une jurisprudence constante de la Cour : v. TCE, 1^{er} juillet 2010, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA contre Commission européenne*, T-62/08, *Rec.*, p. 3229-II, par. 269 et suiv. et les arrêts cités. V. aussi C. Quigley, *European State Aid Law and Policy* (Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009 2nd édition), p. 419 et suiv.

En second lieu, le respect de l'obligation secondaire de restitution peut être déclenché par les entreprises concurrentes, qui ont un droit au respect de cette règle. Il faut remarquer que ce principe a été pour la première fois dégagé dans le cadre de la violation de la procédure de notification énoncée par l'article 108 (3) TFUE. En effet, du côté préventif, c'est-à-dire avant que la Commission se soit prononcée sur la compatibilité d'une aide avec le marché commun, la Cour a reconnu l'effet direct à l'article 108 (3) depuis les années '70. Etant donné que cette règle interdit à l'Etat d'exécuter un projet d'aide soit dans le cas où il n'a jamais été notifiée à la Commission soit, après la notification, jusqu'à la prise de position de la Commission, la Cour a adopté, dans une de ses premières décisions, une approche un peu ambiguë, en soutenant que cette interdiction entraîne « que les justiciables possèdent un droit, direct *au respect* de cette disposition ». ⁵¹⁴ Cette ambiguïté est notamment due à la nature de la question posée par le juge au principal, qui était celle de savoir si les lois adoptées par le Parlement allemand, visant à conférer des aides à certaines entreprises, seraient affectées par une éventuelle décision de la Commission qui en aurait jugée l'incompatibilité avec le droit communautaire. Le demandeur étant une entreprise qui aurait bénéficié de ces aides, si le juge au principal avait appliqué « la dernière phrase de l'article 93 [...] sans que puissent lui être opposées des règles de droit national quelles qu'elles soient », le demandeur aurait été privé de cette aide, et donc d'un droit. ⁵¹⁵ Dans cette affaire, on voit donc que l'effet direct n'était pas envisagé en tant que conférant des droits individuels mais plutôt comme primauté, c'est-à dire que le droit communautaire était une norme interdiction

(⁵¹⁴) CJCE, 11 décembre 1973, *Markmann KG c. République fédérale d'Allemagne et Land Schleswig-Holstein*, Aff. 121/73, *Rec.*, p. 1495, par. 7 et suiv.

(⁵¹⁵) V. CJCE, 11 décembre 1973, *Gebrüder Lorenz GmbH contre République fédérale d'Allemagne et Land de Rhénanie-Palatinat*, Aff. 120-73, *Rec.*, p. 1484, lett. e) du dispositif. Les autres litiges sont les suivants : CJCE, 11 décembre 1973, *Nordsee, Deutsche Hochseefischerei GmbH contre République fédérale d'Allemagne et Land de Rhénanie-Palatinat*, Aff. 122-73, *Rec.*, p. 1511 ; CJCE, 11 décembre 1973, ; CJCE, 11 décembre 1973, *Fritz Lohrey contre République fédérale d'Allemagne et Land de Hesse*, Aff. 141-73, *Rec.*, p. 1527. Dans deux autres affaires la Cour avait confirmé l'effet direct de l'article 93 (3), bien que cela n'ait eu aucune incidence sur la question posée par le juge au principal : il s'agissait apparemment d'*obiter dicta*. V. CJCE, 19 juin 1973, *Carmine Capolongo contre Azienda Agricola Maya*, Aff. 77-72, *Rec.*, p. 621 et suiv. ; CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, Aff. 6-64, *Rec.*, p. 1162.

hiérarchiquement supérieure aux normes internes octroyant des droits.⁵¹⁶ En cette affaire on s'aperçoit d'une autre question, c'est-à-dire la mesure dans la quelle les Etats peuvent opposer sont droit interne au droit communautaire.

Dans la jurisprudence plus récente, cette approche a été complétée en reconnaissant aux entreprises concurrentes la titularité d'un véritable droit au respect de l'obligation de recouvrement soit dans le cadre de la violation de l'article 108 (3), soit après une décision positive de la Commission.⁵¹⁷ Dans des affaires concernant des entreprises endommagées postulant aux juges au principal de vouloir ordonner à l'entreprise concurrente le remboursement d'une aide reçue en méconnaissance de l'article 108 (3), la Cour de Justice a clairement établi que les « juridictions nationales doivent, en principe, faire droit à une demande de remboursement des aides versées en violation de l'article 93, paragraphe 3, du traité ».⁵¹⁸ Selon le droit communautaire, l'entreprise endommagée dispose du pouvoir de faire valoir la méconnaissance d'une obligation étatique et aussi les conséquences juridiques (la norme secondaire) qu'y découlent, puisqu'elle est titulaire d'un droit au respect d'une telle obligation. L'obligation primaire est à la charge de l'Etat, qui ne peut pas exécuter un projet d'aide sans préalable notification à la

(⁵¹⁶) Pour un affaire tout à fait similaire, dans lequel le demandeur au principal avait porté plainte contre l'Etat pour obtenir le remboursement d'une taxe, que le juge au principal estimait être une aide illégale v. CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH contre Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, *Rec.*, p 8388 et suiv. et 8399-I par. 55. Dans ce cas, l'effet direct joue à l'encontre du demandeur au principal, qui ne pouvait pas jouir du remboursement. En revanche, lorsque la mesure d'aide est financée par l'imposition d'une taxe, alors les individus peuvent se fonder sur la méconnaissance de l'article 93 (3) par l'Etat pour demander l'annulation de la mesure interne leur imposant cette taxe. On voit alors que, dans ce type d'affaire, la violation de l'interdiction communautaire engendre des droits. V., par exemple, CJCE, 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon contre République française*, C-354/90, *Rec.*, p. 5523-I, par. 2-3 et 11-12. V. aussi CJCE, 13 janvier 2005, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant contre Staatssecretaris van Financiën*, C-174/02, *Rec.*, p. 123-I par. 21 et p. 124-1 par. 26.

(⁵¹⁷) V. *Commission notice on the enforcement of state aid law by national courts*, OJ 2009 C 85/1, par. 30 et 72. V. aussi DERENNE J. ; KACZMAREK C., La récupération des aides illégales : le rôle du juge national dans le 'private enforcement' du droit des aides d'Etat. *ERA Forum*, 2009, vol. 10, p. 258 et suiv.

(⁵¹⁸) V. CJCE, 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) et autres contre La Poste et autres*, C-39/94, *Rec.*, p. 3598-I, par. 12 et 71.

Commission et jusqu' elle a pris une position. L' obligation secondaire de restitution pèse évidemment soit sur l'Etat, qui doit récupérer le montant, soit sur l'entreprise qui a bénéficié de cette aide ; le droit d' action, qui permet de faire valoir la violation de l' obligation primaire et d' y faire dégager les conséquences juridiques, peut ressortir à un autre sujet privé.⁵¹⁹

Enfin, au regard du régime de réparation, l' entreprise endommagée n' a pas le droit de demander une réparation à l' encontre du bénéficiaire de l' aide, la Cour ayant précisé que le

« droit communautaire n' offre pas une base suffisante pour engager la responsabilité du bénéficiaire qui n' aurait pas vérifié si l' aide qu' il a reçue a été dûment notifiée à la Commission »

Or, la Cour n' a pas exclu que le droit national puisse prévoir une telle conséquence et donc qu' il puisse imposer à cette entreprise de réparer le préjudice occasionné à d' autres opérateurs économiques.⁵²⁰ En revanche, l' entreprise endommagée a le droit de mettre en cause la responsabilité de l' Etat pour avoir méconnu le droit communautaire en matière d' aides d' Etat.⁵²¹ Un cas particulier se présente lorsque une taxe, étant de nature sélective, ne frappe que de sujets concurrents, tout en excluant un parmi ceux-ci de son champs d' application : dans ce cas, l' entreprise soumise à la taxe peut en exciper la

(⁵¹⁹) CJCE, 21 octobre 2003, *Belgische Staat contre Eugène van Calster et Felix Cleeren et Openbaar Slachthuis NV 01*, Aff. jointes C-261/01 et C-262/01., *Rec.*, pag. 12249-I, par. 64. V. CJCE, 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH et autres contre Finanzlandesdirektion für Tirol et autres*, C-368/04, *Rec.*, p. 9957-I, par. 45. V. aussi CJCE, 12 février 2008, *Centre d' exportation du livre français (CELF) et Ministre de la Culture et de la Communication contre Société internationale de diffusion et d' édition (SIDE)*, C-199/06, *Rec.*, par. 8, 38 et p. 499-I et suiv. En revanche, si l' aide a été accordée en violation de l' article 108 (3) et ensuite la Commission a jugée cette aide compatible avec le droit communautaire, le juge national n' est pas obligée d' imposer la restitution de l' aide à l' entreprise bénéficiaire, en pouvant se limiter au recouvrement des intérêts. V. CJCE, 18 décembre 2008, *Wienstrom GmbH contre Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit*, C-384/07, *Rec.*, p. 10393-I, par. 29 et suiv.

(⁵²⁰) V. CJCE, 11 juillet 1996, *Syndicat français de l' Express*, cit, p. 3599-I, par. 74-75.

(⁵²¹) V. CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA contre Repubblica italiana*, C-173/03, *Rec.*, p. 5177-I, par. 41. Il s' agit toutefois d' un *obiter dictum*. En effet, bien que des requêtes en dommage aient été introduites devant les juges nationaux à l' encontre de l' Etat qui a donné l' aide illégale, la Commission a bien envisagée de développer cette voie de *private enforcement* dans son programme d' action. V. HEIDENHAIN M., *European State Aid Law*. München: Verlag C.H. Beck, 2010, p. 775.

validité et demander le remboursement pour éliminer l'avantage économique dont l'entreprise concurrente jouit par l'enjeu l'exonération.⁵²² La méconnaissance d'article 108 (3) conférant donc à un sujet privé un droit à la réparation, dans la mesure où cette règle impose à l'Etat de rembourser la taxe illégalement perçue, par l'enjeu du principe de primauté le particulier peut contester la validité de la taxe qui constitue une aide et en tirer des conséquences positives.⁵²³ Comme on voit, l'interprétation très large donnée par la Cour au droit des aides d'Etat montre qu'elle engendre une relation triangulaire parmi l'Etat, qui a conféré illégalement cette aide, l'entreprise qui l'a reçue et l'entreprise concurrente dédommée. Il s'agit d'une extension de la tutelle prévue par la règle internationale, jusqu'y inclure les intérêts d'un tiers. Le « fait générateur » de l'illicite est donc un comportement de l'Etat, qui engendre des conséquences économiques négatives pour le sujet exclu de ce bénéficiaire.

Pour ce qui concerne le moyen apte à décharger effectivement cette obligation, étant « la suppression d'une aide illégale par voie de récupération [...] la conséquence *logique* de la constatation de son illégalité », ⁵²⁴ la Cour a souvent soutenu que, par l'enjeu du principe d'effectivité, l'Etat doit appliquer le droit interne « de manière à ne pas rendre pratiquement impossible la récupération exigée par le droit communautaire et en prenant pleinement en considération l'intérêt de la Communauté ». ⁵²⁵ Par ailleurs, dans ces

(⁵²²) V. CJCE, 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron SA contre Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon, venant aux droits et obligations de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, C-526/04, *Rec.*, p. 7564-I.

(⁵²³) V. *Consiglio di Stato*, sezione VI, 30 septembre 2008, n. 4692, *Federchimica v. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*. Dans cette affaire, les entreprises frappées par une taxe non notifiée à la Commission et pouvant être considérée comme une aide illégale ont attaqué l'acte interne leur imposant cette taxe et elles ont obtenu l'annulation pour la violation de l'article 108 (3) du traité.

(⁵²⁴) CJCE, 21 mars 1990, *Royaume de Belgique contre Commission des Communautés européennes*, C-142/87, *Rec.*, p. 959-I, par. 66.

(⁵²⁵) Cette considération a été exprimée par nombreux arrêts : CJCE, 27 juin 2000, *Commission des Communautés européennes contre République portugaise*, C-404/97, *Rec.*, p.4897-I, par. 55 ; CJCE, 26 juin 2003, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-404/00, *Rec.*, p. 6695-I, par. 51. Pour des autres arrêts, v. GAMBARO E. ; ROSSI A., *Recovery of Unlawful and Incompatible Aid. Competition and State Aid – An Analysis of the EC Practice* / ed. par Alberto SANTA MARIA. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, p. 207 et suiv.

affaires, la Cour n'a pas expressément imposé la mise à l'écart de la règle interne faisant obstacle à l'exécution effective de l'obligation, en se bornant plutôt à énoncer le principe d'interprétation conforme.⁵²⁶ Récemment, la Cour s'est abstenue de préciser le moyen dont les juges devraient se prévaloir (annulation de l'acte) pour rétablir l'équilibre entre entreprises concurrentes à la suite de la méconnaissance de l'article 108 (2).⁵²⁷ En ce contexte, la jurisprudence *Lucchini* – issue d'une question préjudicielle – semble-t-elle une véritable exception, la Cour n'ayant eu beaucoup d'occasions pour se prononcer dans le cadre de ce type de litige sur l'obligation de recouvrement.⁵²⁸ En effet, il a été

(⁵²⁶) Il y a toutefois de cas où la Cour a indiqué la règle interne que l'Etat défendeur opposait à la Commission comme entrave au recouvrement de l'aide, mais elle s'est limitée à rappeler le principe d'interprétation conforme. V. CJCE, 2 février 1989, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, C-94/87, Rec., p. 175, par. 12 ; CJCE, 20 septembre 1990, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, C-5/89, Rec., p. 3437-I, par. 18. Dans la première affaire, la Cour a en effet constaté que l'Etat n'avait collaboré avec la Commission « de bonne foi en vue de surmonter les difficultés [d'exécution de la décision, n.d.r.] dans le plein respect des dispositions du traité » (par. 9). Dans la seconde, elle n'a pas ordonné à l'Etat d'écarter la norme interne, tout en statuant que le droit national « doit être appliquée, comme toutes les dispositions pertinentes du droit national, de manière à ne pas rendre pratiquement impossible la récupération exigée par le droit communautaire » (par. 19). Récemment, dans un litige opposant la Commission à la France, qui n'avait pas exécuté dans le délai prévu le recouvrement de l'aide jugée illégale, la Cour a constaté que les règles internes françaises, qui suspendent les effets des titres de perception pendant un recours en opposition, auraient dû être laissées inappliquées. V. CJCE, 5 octobre 2006, *Commission des Communautés européennes contre République française*, C-232/05, Rec., p. 10071-I, par. 53. D'une manière similaire, v. CJCE, 20 mars 1997, *Land Rheinland-Pfalz contre Alcan Deutschland GmbH*, C-24/95, Rec., p. 1591-I, par. 54.

(⁵²⁷) Bien que le « le principal objectif visé par la récupération d'une aide d'Etat versée illégalement [soit] d'éliminer la distorsion de concurrence causée par l'avantage concurrentiel procuré par une telle aide », la Cour a souligné que « le droit de l'Union n'impose aucune conséquence déterminée que les juridictions nationales devraient obligatoirement tirer quant à la validité des actes relatifs à la mise à exécution de l'aide ». En fait, « il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si l'annulation de la garantie peut, compte tenu des circonstances propres au litige dont elle est saisie, s'avérer plus efficace que d'autres mesures en vue d'obtenir ledit rétablissement ». V. CJUE, 8 décembre 2011, *Residex Capital IV CV contre Gemeente Rotterdam*, C-275/10, non publiée, par. 34, 44 et 46.

(⁵²⁸) Récemment, la Cour n'a pas appliqué la jurisprudence *Lucchini* dans un recours en manquement, en jugeant que « le droit de l'Union impose donc une obligation de prendre toutes les mesures propres à assurer l'exécution des décisions de la Commission imposant la récupération d'une aide illégale tout en respectant les particularités des différentes procédures qui sont prévues par les États membres à cet égard ». Par conséquent, « le droit de l'Union n'impose pas dans tous les cas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant

remarqué que l'équilibre entre les principes d'effectivité du droit communautaire et d'autonomie procédurale des Etats dans le cadre de la matière des aides d'Etats opère d'une manière différente par rapport aux cas où la Cour, jusqu'à l'arrêt *Lucchini*, avait ordonné aux juridictions nationales de laisser inappliquée une norme procédurale interne. Dans la jurisprudence bien affirmée antérieure à *Lucchini*, la Cour de Justice avait toujours appliqué le principe de primauté dans des litiges où des particuliers demandaient le respect d'un droit garanti par le système communautaire. Cette situation est très différente dans le domaine des aides d'Etat, puisque la mise à l'écart des normes procédurales entraîne souvent un effet *in malam partem*, les individus ne tirant aucune protection du système communautaire au cas où ils seraient les bénéficiaires des aides illégales.⁵²⁹

Par ailleurs, l'approche de la Cour peut être expliquée aussi par des autres raisons. D'abord, l'Etat garde une marge d'appréciation en ce qui concerne les modalités de recouvrement : en effet, la Cour a précisé que

« un État membre qui, en vertu d'une telle décision de la Commission, se trouve obligé de récupérer des aides illégales est libre de choisir les moyens par lesquels il exécutera cette obligation, pourvu que les mesures choisies ne portent pas atteinte à la portée ni à l'efficacité du droit de l'Union ». ⁵³⁰

force de chose jugée à une décision juridictionnelle, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit de l'Union par la décision en cause ». V. CJUE, 22 décembre 2010, *Commission européenne contre République slovaque*, C-507/08, non publiée, par. 52 et 60. V. MEROLA M.; CAPPELLETTI L., *The Obligation to Recover Unlawful Aid. Journal of European Competition Law and Practice*, 2011, vol. 2, p. 468, d'après lesquels « the obligation to recover unlawful aid cannot be construed as an obligation to achieve the result irrespective of the legal and factual situation ».

(⁵²⁹) V. NEBBIA P., *Do the rules on state aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*. *European Law Review*, 2008, vol. 33, p. 432.

(⁵³⁰) V. CJUE, 14 avril 2011, *Commission européenne contre République de Pologne*, C-331/09, non publiée, par. 57. V. aussi CJCE, 10 juin 1993, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, C-183/91, *Rec.*, p. 3131-I, par. 17-20. En ce sens, l'obligation de recouvrement est souvent interprétée comme obligation de résultat. V. E. Righini, 'Godot Is Here : Recovery As an Effective State Aid Remedy' in (with forew. by Gil Carlos Rodríguez Iglesias [et al.]) *EC State Aid Law – Le Droit des Aides d'Etat dans la CE : Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008), p. 272.

En effet, il a été souligné que l'obligation de recouvrement de l'aide n'est pas inconditionnelle.⁵³¹ Par exemple, il est force de constater que l'obligation de recouvrement de l'aide doit être parfois spécifiée par l'Etat créateur, qui doit fixer le montant.⁵³² Le contrôle de la Cour se révèle parfois très formel, puisque elle juge si la mesure spécifique adoptée par l'Etat est appropriée pour remplir l'obligation de restitution.⁵³³ En second lieu, quand l'Etat défendeur oppose des difficultés d'exécution, la Cour rappelle que, face à celles-ci, les modalités de remboursement de l'aide peuvent être objets d'une négociation avec la Commission.⁵³⁴ Enfin, cette utilisation prudente du principe de primauté peut aisément être justifiée par la nature de l'interdiction de l'article 108 (3). En effet, la Cour a nié la possibilité d'invoquer la notion d'aide énoncée par l'article 107 du Traité, dans le cadre de la violation de l'article 108 (3), ainsi permettant aux individus de « contester la compatibilité d'une aide avec le droit communautaire devant les juridictions nationales » et donc de « demander à celles-ci de se prononcer, à titre principal ou incident, sur une incompatibilité éventuelle » avant l'adoption d'un acte officiel par la Commission.⁵³⁵ Ce choix est justifié du fait que la notion d'aide de l'article

(⁵³¹) V. MEROLA M.; CAPPELLETTI L., *The Obligation to Recover Unlawful Aid*. *Journal of European Competition Law and Practice*, 2011, vol. 2, p. 468, d'après lesquels « the obligation to recover unlawful aid cannot be construed as an obligation to achieve the result irrespective of the legal and factual situation ».

(⁵³²) V. CJUE, 21 décembre 2011, *A2A SpA, anciennement AEM SpA contre Commission européenne*, C-320/09 P, non publié, par. 162 ; TPI, 13 septembre 2010, *République hellénique, Olympiakos Aerogrammes AE et Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE contre Commission européenne*, Aff. jointes T-415/05, T-416/05 et T-423/05, non publié, par. 126.

(⁵³³) V. CJCE, 12 décembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, C-209/00, *Rec.*, p. 11695-I, par. 58 et suiv. De manière similaire, la Cour s'est limitée à juger incompatible avec le droit communautaire l'ordre issu d'une juridiction interne qui avait suspendu la mesure visant à obtenir le remboursement, sans recommander à l'Etat le moyen pour accomplir cette obligation. V. CJUE, 22 décembre 2010, *Commission européenne contre République italienne*, C-304/09, non publiée, par. 51, 55-56.

(⁵³⁴) V., par exemple, CJCE, 10 juin 1993, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, C-183/91, *Rec.*, p. 3131-I, par. 17-20. D'une manière similaire, v. TPI, 1^{er} juillet 2009, *Jan Rudolf Maas et autres contre Commission des Communautés européennes*, T-81/07, T-82/07 et T-83/07, *Rec.*, p. 2411-II, par. 200 ; CJUE, 1^{er} mars 2012, *Commission européenne contre République hellénique*, C-354/10, non publiée, par. 69 et suiv.

(⁵³⁵) V. CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. 78/76, *Rec.*, p. 610. V. aussi CJCE, 16 décembre 1992, *Georges Lornoy en Zonen NV et autres contre Etat belge*, C-17/91, *Rec.*, p. 6555-I.

107 du Traité « soulève des problèmes impliquant la prise en considération et l'appréciation de faits et circonstances économiques complexes et susceptibles de se modifier rapidement ». D'autre côté, cette affirmation est nuancée par la Cour en affirmant qu'

« une juridiction nationale peut être amenée à interpréter et à appliquer la notion d'aide, visée à l'article 92, en vue de déterminer si une mesure étatique instaurée sans tenir compte de la procédure de contrôle préalable de l'article 93, paragraphe 3, devait ou non y être soumise »

ainsi conférant le pouvoir de dégager toutes les conséquences juridiques à l'encontre des actes internes qu'on a examinés.⁵³⁶ Bien que l'article 107 ne puisse pas être considéré comme une règle précise et nette, du fait que la décision définitive de la compatibilité d'une aide avec le droit communautaire ressort de la Commission,⁵³⁷ toutefois cela n'empêche pas de l'employer pour intégrer l'article 108 (3), c'est-à-dire pour définir provisoirement si une mesure interne peut être qualifiée comme « aide » selon cette dernière règle.⁵³⁸ Si la notion d'aide complète le contenu de l'obligation de notifier une mesure selon l'article 108 (3), et cette dernière est douée effet direct, affirmer que la règle définissant la notion d'aide ne soit pas d'effet direct apparaît comme une contradiction. Donc, le concept d'effet direct parfois ne dépend pas de la marge d'appréciation laissée par la règle dont il s'agit. Il en résulte que la Cour dose le principe de primauté dans le cadre de la violation de l'article 108 (3) puisque la qualification définitive de l'illégalité d'une aide ressort à la Commission.

(⁵³⁶) V. CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, op. cit., p. 611.

(⁵³⁷) V. CJCE, 22 mars 1977, *Iannelli & Volpi SpA contre Ditta Paolo Meroni*, Aff. 74/76, *Rec.*, p. 575 par. 11.

(⁵³⁸) Pour une analyse du pouvoir du juge de qualifier préalablement une aide d'Etat, v. TEOLDI A., *Unlawful State Aid : Protection by National Courts. Competition and State Aid – An Analysis of the EC Practice* / ed. par Alberto SANTA MARIA. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2007, p. 266 et suiv.

Section 2. L'effet direct des accords OMC vu par la Cour de Justice de l'Union européenne.

Les auteurs qui s'occupent du système contentieux du droit de l'OMC soulignent depuis quelque temps l'iniquité du système de « enforcement », puisque, par l'enjeu de la « cross-retaliation », les contremesures éventuellement autorisés, même si temporaires, souvent affectent des sujets privés qui n'ont pas été directement envisagés par la mesure jugée incompatible avec un « covered agreement ».⁵³⁹ Des auteurs ont proposé différentes solutions à ce problème : par exemple, l'introduction d'une compensation monétaire,⁵⁴⁰ ou de conférer effet direct aux règles des accords faisant partie de l'OMC ou aux décisions des organes de l'ORD.⁵⁴¹

Cette dernière proposition a été formulée tenu compte du fait que les accords de l'OMC n'ont pas effet direct dans les ordres juridiques de la majorité des Etats parties à

(⁵³⁹) V. BRONCKERS M.; VAN DEN BROEK N., Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, 2005, vol. 8, p. 103 et suiv.; O' CONNOR B., Remedies in the World Trade Organisation Dispute Settlement System : The Bananas and Hormones Cases. *Journal of World Trade*, 2004, vol. 38, p. 260; V aussi PAUWELYN J., Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules-Toward a More Collective. *American Journal of International Law*, 2000, vol. 94, p. 342 et suiv.

(⁵⁴⁰) V. COLLINS D., Efficient Breach, Reliance and Contract Remedies at the WTO. *Journal of World Trade*, 2009, vol. 43, p. 233-240 et suiv.

(⁵⁴¹) Pour l'encadrement de cette question la doctrine est abondante. V. BRONCKERS M., Private Appeals to WTO Law: An Update. *Journal of World Trade*, 2008, vol. 42, p. 255 et suiv. V. aussi COTTIER T., The Impact of the TRIPs Agreement on Private Practice and Litigation. *Dispute resolution in the World Trade Organisation* / ed. par James CAMERON, Karen CAMPBELL. London: Cameron May, 1998, p. 120 et suiv.; PETERSMANN E.-U., Multi-Level Judicial Trade Governance without Justice? *The WTO: Governance, Dispute Settlement, and Developing Countries* / ed. par Merit E. JANOW, Victoria DONALDSON, Alan YANOVICH. Huntington, NY : Juris Publishing, 2008, p. 975 et suiv.; COTTIER T., Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union. *The Challenge of WTO Law: Collected Essays* / ed. par Thomas COTTIER. London: Cameron May, 2007, p. 50 et suiv.; ALEMANN A., Private Parties and WTO Dispute Settlement System : who bears the Costs of Non-compliance and why Private Parties should not bear them. *Essays on the Future of the World Trade Organization* / ed. par Julian CHAISSE, Tiziano BALMELLI. Lugano: Edis, 2008, p. 274 et suiv.

ces conventions. En se référant à la jurisprudence de la CJCE, la plus riche à ce sujet, on verra les raisons pour lesquelles elle ne confère pas applicabilité directe aux règles des « covered agreements ». En effet, l'attitude de la Cour de Justice à l'égard des traités de l'OMC a toujours été très claire.⁵⁴² Dès le premier litige concernant l'application de l'Article XI du GATT 1947 (règle formulée d'une manière très similaire à l'Article 31 du Traité CE), l'effet direct de cette norme n'a pas été écarté à cause de sa formulation, donc d'une simple analyse sémantique ou textuelle ; cet argument, par ailleurs, n'a même pas été décisif pour dégager de l'article 31 du traité CE des droits dont les individus peuvent se prévaloir, comme on a déjà vu (v. *infra* p. 209). Ceci étant, la Cour a établi que l'Article XI, « placé dans un tel contexte » n'engendre pas « pour les justiciables de la Communauté, le droit de s'en prévaloir en justice » puisque les remèdes prévus en cas de méconnaissance des obligations du GATT 1947 sont de nature interétatique.⁵⁴³ Cet aspect est bien marqué dans les motivations de l'arrêt par la référence continue aux pouvoirs dont les « parties contractantes » du GATT, notamment les Etats et non les individus, disposent en cas de violation de ce traité, par exemple celui d'entamer des « consultations » en cas de désaccord sur l'application du traité.⁵⁴⁴

Encore plus clairement, ces arguments ressortent des conclusions de l'Avocat Général dans cette affaire. Il est parvenu à soutenir que « les dispositions de l'Accord général, dont les mécanismes reposent sur le consensus des parties contractantes, ne concernent pas les particuliers en tant que tels » par une série d'arguments très intéressants.⁵⁴⁵ Etant donné qu'un

⁽⁵⁴²⁾ Pour un résumé des décisions de la Cour, v. LORUSSO A., *The Court of Justice of the European Community and the effect of international agreements on the EC legal order: the case of the WTO. The absence of direct effect of WTO in the EC and in other countries* / ed. par Claudio DORDI. Torino: Giappichelli, 2012, p. 24 et suiv.

⁽⁵⁴³⁾ On a soutenu que la Cour, en se fondant sur l'analyse textuelle de la norme, aurait bien pu confirmer l'effet direct de l'Article XI du GATT. V. GIARDINA A., *La Corte europea ed i rapporti fra diritto comunitario e diritto internazionale. Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1974, vol. 9, p. 591.

⁽⁵⁴⁴⁾ V. CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, Aff. jointes 21 à 24-72, Rec., p. 1219, points 20-27.

⁽⁵⁴⁵⁾ V. *Conclusions de l'Avocat Général M. Henri Mayras* dans les affaires jointes 21 à 24-72, Rec., p. 1235-1241. Pour une critique de ces conclusions et de l'arrêt, v. WAELBROECK M., *Effect of GATT within the Legal Order of the EEC. Journal of World Trade Law*, 1974, vol. 8, p. 618

« conflit de normes peut s'élever dans les relations de la Communauté et d'un ou plusieurs États tiers, au sujet de la violation d'un accord liant la Communauté comme partie contractante »

et que, par conséquent, « la solution de conflits de cette nature relève des modes de règlement du droit international général, le plus souvent par la négociation, la conciliation ou l'arbitrage », donc par voie diplomatique, après avoir examiné les normes du GATT 1947 il en a exclu l'effet direct. Il est facile d'apercevoir l'arrière-pensée de cette justification, modelée sur le procédé logique de l'effet direct communautaire : les règles du GATT ne peuvent pas être des normes de référence par rapport aux actes communautaire de droit dérivé. Les individus n'étant nullement destinataires de cet accord, ils ne peuvent pas attaquer un acte communautaire en se fondant sur la méconnaissance d'une norme supérieure, à savoir : une obligation découlant du GATT. On voit alors comment la question de l'effet direct est liée à la primauté dans son acception communautaire : alors que la supériorité des normes communautaires permet aux individus d'éliminer les règles nationales incompatibles pour parvenir au résultat qu'elles imposent de réaliser, dans le cadre du GATT cela n'est possible, bien qu'il « engage » les institutions communautaires à le respecter. Puisque, dans le système communautaire, la mise à l'écart de la règle nationale suppose qu'elle soit applicable, donc qu'elle vise un événement au profit d'un individu, pour dénier effet direct au GATT il suffit de constater qu'il n'est pas directement applicable, donc que les obligations qu'il énonce s'adressent exclusivement aux Etats. Il s'agit donc d'un postulat. Cela est bien évident lorsque la Cour a nié aux Etats parties de la Communauté de se prévaloir eux-mêmes des normes du GATT dans le cadre d'un recours en annulation d'un acte communautaire : comme les individus, ils n'ont pas un véritable droit d'action puisque ils ne sont pas les véritables destinataires des normes du GATT, mais les organes communautaires, qui les ont supplantés dans une précise compétence, en sont le maîtres chargés de les exécuter.⁵⁴⁶ L'existence d'une dérogation à ce principe montre le fondement de ces affirmations : en effet, lorsque l'acte communautaire renvoie explicitement à une règle des accords multilatéraux, la Cour a le pouvoir d'apprécier la

(⁵⁴⁶) V. CJCE, 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. 280/93, *Rec.*, p. 5073-I, point 109.

légalité de l'acte communautaire par rapport à ces accords.⁵⁴⁷ Il est donc nécessaire que les organes communautaires manifestent une précise volonté de rendre applicables les règles du GATT dans l'ordre juridique communautaire, comme il s'avère pour l'incorporation du droit international par les pays monistes ou dualistes.⁵⁴⁸

L'argument de l'absence d'effet direct des règles du GATT, notamment à cause de « l'esprit, l'économie et les termes » de ce traité, a été repris par la Cour jusqu'à la fin des années '90.⁵⁴⁹ Elle s'appuya soit sur la constatation que cet accord était « fondé sur le principe de négociations entreprises sur une base de réciprocité » (et donc sur un contentieux interétatique – voir diplomatique) soit sur la considération d'après laquelle « les règles de l'accord général ne régissent que les rapports de la Communauté avec les autres parties contractantes ».⁵⁵⁰ Il faut remarquer que la justification du défaut d'effet direct du GATT 1947 ne trouve un spécial – sinon déterminant – appui sur la question de la réciprocité. En effet, dans l'arrêt *Kupfemberg*, concernant l'accord de libre association entre la Communauté et le Portugal, les Etats intervenant avaient demandé à la Cour, en

⁽⁵⁴⁷⁾ V. CJCE, 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) contre Commission des Communautés européennes*, Aff. 70/87, *Rec.*, p. 1831, point 22 ; CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil des Communautés européennes*, Aff. 69/89, *Rec.*, p. 2179-I, points 30-31 ; CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-76/00, *Rec.*, p. 141-I, point 55 ; TPI, 25 octobre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO et ENRC Marketing AG contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. T-192/08, non publié, points 34-36.

⁽⁵⁴⁸⁾ V. JACKSON J., *Direct Effect of Treaties in the US and the EU, the Case of the WTO: Some Perceptions and Proposals. Continuity and Change in EU Law : Essays in Honour of Sir Francis Jacobs* / ed. par. Anthony ARNULL, Piet EECKHOUT, Takis TRIDIMAS. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 378.

⁽⁵⁴⁹⁾ V. CJCE, 12 décembre 1995, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre Chiquita Italia SpA*, Aff. C-469/93, *Rec.*, p. 4565-I, points 25-28. De même, les recommandations issues de l'ORD n'ont pas d'effet direct dans l'ordre communautaire et ils ne peuvent pas être invoqués par les particuliers à l'encontre d'un acte des institutions communautaires. V. CJUE, 10 novembre 2011, *X (C-319/10) contre Inspecteur van de Belastingdienst / Y et X BV (C-320/10) contre Inspecteur van de Belastingdienst P.*, Aff. jointes C-319/10 et C-320/10, non publié, points 35-37.

⁽⁵⁵⁰⁾ V. CJCE, 16 mars 1983, *Administration des finances de l'État contre Società petrolifera italiana SpA (SPI) et SpA Michelin italiana (SAMI)*, Aff. jointes 267/81, 268/81 et 269/81, *Rec.*, p. 830, point 23 ; CJCE, 16 mars 1983, *Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) contre Ministero delle finanze, Ministero della marina mercantile, Circostrizione doganale di Trieste et Ente autonomo del porto di Trieste*, Aff. 266/81, *Rec.*, p. 776, point 12.

rappelant les motifs énoncés par *International Fruit Company*, de ne pas appliquer « les critères généralement admis pour déterminer les effets des dispositions d'origine purement communautaire [...] aux dispositions d'un accord de libre échange conclu par la Communauté avec un pays tiers ». Or, la Cour a écarté ce grief puisque le fait que « certaines des stipulations de l'accord [soient] d'applicabilité directe, alors que les juridictions de l'autre partie n'admettraient pas cette applicabilité directe » n'affecte pas la question de la réciprocité.⁵⁵¹ Le même standard a été appliqué pour trancher des questions relatives aux accords commerciaux et d'associations conclus par la Communauté avec des Pays tiers. Notamment, dans l'affaire *Bresciani*, la Cour a reconnu l'effet direct à l'article de l'article 2 paragraphe 1 de la Convention de Yaoundé, d'après lequel toute taxe d'effet équivalent à un droit de douane est interdite entre le commerce avec les autre Pays associés. Par ailleurs, dans cet accord la condition de réciprocité avait été clairement exclue par l'article 61, au cas où les Etats associés (non européens) « estimeraient ne pouvoir, dès à présent, assurer, au profit de la Communauté, la réciprocité prévue à l'article 3, paragraphe 2, de la Convention ». Cela a permis à la Cour de dire que ce « déséquilibre », étant dans « la logique même » du traité, n'avait aucune conséquence sur l'effet direct des normes.⁵⁵²

La jurisprudence de la Cour s'éloigne légèrement de son constat traditionnel depuis les conclusions de l'Avocat Général Tesauro exprimées à l'occasion du différend *Hermès*, par lesquelles il avait relevé que l'argument de la réciprocité 'dans l'application de l'accord' pourrait être décisif afin d'établir l'effet direct d'une norme internationale.⁵⁵³ Ensuite, dans l'arrêt *Portugal contre Conseil*, la Cour de Justice a rationalisé l'argument de la réciprocité, en relevant que la mise en œuvre des recommandations de l'ORD, dans

(⁵⁵¹) V. CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, Aff. 104/81, Rec., p. 3663, points 15-18.

(⁵⁵²) V. CJCE, 5 février 1976, *Conceria Daniele Bresciani contre Amministrazione Italiana delle Finanze*, Aff. 87-75, Rec., p. 141 et suiv., points 19-26. Dans les arrêts le plus récents, la Cour de Justice a généralement reconnu l'effet direct des règles contenues dans les accords d'association pour ce qui regard le principe de non-discrimination des travailleurs : v. JACOBS F. G., *Direct effect and interpretation of international agreements in the recent case law of the European Court of Justice. Law and Practice of EU External Relations* / ed. par Alan DASHWOOD, Marc MARESCEAU. Cambridge : Cambridge University Press, 2008, p. 17-23.

(⁵⁵³) V. *Conclusions de l'Avocat Général M. Giuseppe Tesauro* dans l'affaire C-53/96, op. cit., p. 3630-I et suiv., points 31-35.

le cadre du nouveau système OMC, laisse aux Etats une marge de manœuvre, notamment la possibilité, offerte par l'article 22 du DSU, soit d'adopter des mesures temporaires, comme la compensation, soit d'entamer avec l'autre Etat des négociations. En conséquence, au fur et à mesure que l'exécution des recommandations issues de l'ORD dépend d'un choix politique des Etats parties au litige, toute possibilité d'une exécution interne des accords demeure empêchée ou exclue. En particulier, cette exécution interne serait la possibilité des individus et des Etats parties de la Communauté européenne d'invoquer les normes des « covered agreement » à l'encontre d'un acte communautaire. En effet, en disposant du pouvoir de faire annuler une mesure communautaire en tant que contraire aux règles d'un « covered agreement » de l'OMC, tous les individus pourraient interférer avec les décisions de politique commerciale que les institutions prennent à leur encontre à titre de compensation ou de rétorsion par rapport à la mise en œuvre d'une recommandation issue de l'ORD. Donc, les parties contractantes des « covered agreements » de l'OMC s'étant réservées le pouvoir de négocier entre eux la mise en œuvre des décisions de l'ORD par voie diplomatique, cela prive les individus du droit d'invoquer les normes primaires ou secondaires des accords. Autrement – comme la Cour l'a bien souligné – l'exécution par voie judiciaire des accords de l'OMC aurait par conséquence celle de « priver les organes législatifs ou exécutifs de la Communauté de la marge de manœuvre dont jouissent les organes *similaires* des partenaires commerciaux de la Communauté », qui donc disposent d'une large marge d'appréciation par rapport aux politiques commerciales de rétorsion, sans le souci que ces mesures soient contestées à niveau interne par les opérateurs commerciaux dédommagés.⁵⁵⁴ Par exemple, les organes législatifs ou exécutifs des partenaires commerciaux de la Communauté pourraient édicter des mesures internes en exécution d'une contremesure, ainsi violant certaines obligations dues au pays qui a pourtant violé une règle différente d'un « covered agreement ». Ce raisonnement suppose qu'une mesure interne soit, en quelque manière, la mise en œuvre d'un acte international (la contremesure). De même, cette mesure interne pourrait être la traduction interne d'un accord entre les parties au litige pour résoudre le différend. Dans ce contexte donc s'insère l'argument de la réciprocité : elle est une conséquence du fait que les règles des « covered agreements » s'adressent

(⁵⁵⁴) V. CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-149/96, *Rec.*, p. 8436-I et suiv., points 37-46.

seulement aux organes de la Communauté puisque « la résolution des litiges portant sur le droit de l'OMC est, en partie, fondée sur des négociations entre les parties contractantes ». ⁵⁵⁵ Nombreux auteurs partagent ces considérations. ⁵⁵⁶

(⁵⁵⁵) V. CJCE, 12 mars 2002, *The Queen contre Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Omega Air Ltd (C-27/00) et Omega Air Ltd, Aero Engines Ireland Ltd et Omega Aviation Services Ltd contre Irish Aviation Authority (C-122/00)*, Aff. jointes C-27/00 et C-122/00, *Rec.*, p. 2627-I, point 89 ; TPI, 3 février 2005, *Chiquita Brands International, Inc., Chiquita Banana Co. BV et Chiquita Italia, SpA contre Commission des Communautés européennes*, Aff. T-19/01, *Rec.*, p. 374-II et suiv., points 162-166; TPI, 14 décembre 2005, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) et Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies, Inc. (FIAMM Technologies) contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. T-69/00, *Rec.*, p. 5433-II, points 120-134 ; TPI, 14 décembre 2005, *Le Laboratoire du Bain contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. T-151/00, *Rec.*, p. 23-II, points 103-104, 122. Il faut cependant remarquer que parfois la Cour a changé sa jurisprudence, en affirmant que la question de la réciprocité est liée au simple fait que les autres parties contractantes des Accords de l'OMC ne donnent pas effet direct aux règles conventionnelles. Cette considération n'est pas assortie de la justification traditionnelle, notamment que l'effet direct entraverait la marge de manœuvre des institutions communautaire à l'égard de ses partenaires commerciaux. V. CJCE, 1^{er} mars 2005, *Léon Van Parys NV contre Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, Aff. C-377/02, *Rec.*, p. 1524-I, point 53 et CJCE, 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) et Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon & Figli SpA et Fedon America, Inc. (C-121/06 P) contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. jointes C-120/06 P et C-121/06, *Rec.*, p. 6513-I, point 119. Il est intéressant de noter la différente interprétation de la réciprocité offerte par la Cour dans cette affaire par rapport à celle donnée par le TPI au regard du même litige.

(⁵⁵⁶) Il a été souligné que l'argument de la réciprocité est employé pour des raisons de politique institutionnelle interne et externe, fortement liées entre elles : étant donné que les autres membres de l'OMC ne donnent pas effet direct à ces accords pour réserver aux institutions politique une marge de manœuvre afin de parvenir à une 'mutual acceptable solution', « the Community courts do not want to deny the Community executive and legislature a similar flexibility in international negotiations ». V. KUIJPER P. J., From initiating proceedings to ensuring implementation : the links with the Community legal order. *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System* / ed. par Giorgio SACERDOTI, Alan YANOVICH, Jan BOHANES. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 267-268- Pour une opinion tout à fait similaire, v. EECKHOUT P., Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections. *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5, p. 94-96; COTTIER T., Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union. *The Challenge of WTO Law: Collected Essays* / ed. par Thomas COTTIER. London: Cameron May, 2007, p. 47.

La justification de cette jurisprudence apparaît double. D'une part, l'existence d'un certain système de résolution des différends peut être considérée comme un élément qui permet d'exclure l'effet direct des normes des accords de l'OMC dans l'Union européenne. Or, il a été remarqué que la jurisprudence de la Cour de Justice ne donne pas un cadre cohérent à cet égard, puisque l'argument du mécanisme de résolution des différends n'a été jamais retenu décisif pour déterminer l'effet direct d'autres conventions internationales.⁵⁵⁷ Il s'ensuit alors que l'analyse de la nature de l'accord spécifique joue le rôle principal.⁵⁵⁸ En effet, comme on l'a vu en examinant la jurisprudence issue de l'ORD, les accords OMC ne visent que des relations interétatiques. Ainsi il est conçu même par les autres Etats et par les organes qui le composent. Par une analyse du but et de l'esprit des accords OMC, la Cour de Justice en confirme la nature interétatique en s'appuyant, entre autre, au système de résolution de différends.⁵⁵⁹ Le but de cette procédure étant celle de parvenir à une « mutually agreed solution », le devoir de mise en conformité est interprété comme une obligation de résultat : aux Etats parties au litige il appartient de *s'accorder* quant aux comportements pour la mise en œuvre des recommandations, étant donné que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont libres

(⁵⁵⁷) V. BONAFE' B., Direct effect of international agreements in the EU legal order: does it depend on the existence of an international dispute settlement mechanism. *International Law as the Law of European Union* / ed. par Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses A. WESSEL. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011, p. 232-235. Pour une opinion contraire, dans le sens où un particulier système de règlement des différends n'a rien à voir avec l'effet direct des normes, v. COTTIER T., Dispute Settlement in the World Trade Organization : Characteristics and Structural Implications for the European Union. *The Challenge of WTO Law: Collected Essays* / ed. par Thomas COTTIER. London: Cameron May, 2007, p. 47.

(⁵⁵⁸) Tandis que l'analyse des termes de l'accord international est le critère d'abord privilégié par la Cour afin d'établir l'effet direct des engagements d'association ou commerciaux, il a été relevé que la Cour d'abord interprète 'le but et de la nature' de l'accord afin d'exclure l'effet direct soit des accords OMC soit d'autres engagements, comme dans l'affaire *Intertanko*. V. HILLION C., Note sur Case C-265/03, Igor Simutenkov contre Ministerio de Educación y Cultura et Real Federación Española de Fútbol [2005] ECR I-2579. *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, p. 826. En effet, dans le cas où récemment a été reconnu l'effet direct d'une norme internationale en matière de protection d'environnement, la Cour de Justice a d'abord vérifié la clarté et de la précision des termes et puis apprécié la nature et le but de l'accord. V. CJCE, 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région contre Électricité de France (EDF)*, Aff. C-213/03, *Rec.*, p. 7373-I, point 40.

(⁵⁵⁹) V. BONAFE' B., Direct effect of international agreements in the EU legal order: does it depend on the existence of an international dispute settlement mechanism? *op. cit.*, p. 242 et suiv.

de suggérer ces moyes.⁵⁶⁰ Il y a peu d'espace pour une action unilatérale, et on ne peut pas courir le risque de contester les termes d'un accord auquel les parties sont parvenues. Comme des auteurs ont relevé, le fait que les recommandation issues de l'ORD n'aient qu'un effet prospectif, dans la mesure où elles visent à la mise en conformité et donc excluent la prise en compte de toute position individuelle, ne pourrait pas se concilier avec le mécanisme de contrôle des actes des institutions communautaires puisque l'annulation a généralement effet *ex tunc* dans la jurisprudence de la Cour de Justice.⁵⁶¹ Alors que l'Union européenne constitue une « communauté de droit » dans laquelle la position centrale est occupée par les individus qui, par les voies des questions préjudicielles et des actions directes en annulation, jouissent du pouvoir de contester la légalité des actes communautaires et des mesures nationales, les accords de l'OMC sont entièrement gérés par les Etats (et les organes de l'Unions), aussi pour ce qui concerne la solution définitive d'un différend entre eux.⁵⁶² Cela est encore une fois confirmé par les décisions qui ont nié la possibilité aux individus d'engager la responsabilité extracontractuelle des organes communautaire pour la méconnaissance d'une règle de droit que les plaignants se prétendaient tirer des accords de l'OMC.⁵⁶³

En second lieu, la Cour de Justice nie effet direct aux normes des accords OMC pour éviter une potentielle incompatibilité avec l'ordre juridique communautaire et donc pour sauvegarder sa spécificité à l'égard des autres systèmes. D'abord, il est vrai que la notion communautaire d'effet direct repose sur un postulat, d'après lequel la règle internationale

(⁵⁶⁰) V. TANCREDI A., *EC Practice in the WTO: How Wide is the Scope for Manoeuvre?* *European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, p. 939-941. Selon cet auteur, la pratique de la résolution des différends dans le cadre de l'OMC montre que les Etats tranchent leurs litiges sur la base parfois d'accords *contra legem* et *extra ordinem* (*ibidem*, p. 953 et suiv.).

(⁵⁶¹) V. EECKHOUT P., *Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections*, *op. cit.*, p. 94.

(⁵⁶²) Pour le "scope of manœuvre" des membres des accords OMC, v. TANCREDI A., *On the absence of direct effect of the WTO dispute settlement body's decisions in the EU legal order*. *International Law as the Law of European Union* / ed. par Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses A. WESSEL. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011, p. 256-258.

(⁵⁶³) V., par exemple, TPI, 20 mars 2001, *Bocchi Food Trade International GmbH contre Commission des Communautés européennes*, Aff. T-30/99, *Rec.*, p. 967-II, point 56 et suiv. et TPI, 20 mars 2001, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH contre Commission des Communautés européennes*, Aff. T-18/99, *Rec.*, p. 932-I, points 49 et suiv.

s'adresse aux individus ; toutefois, à la base de ce choix il y a aussi des considérations de politique « interne », voir constitutionnelle : garder une large marge de manœuvre quant à l'aménagement de la politique commerciale interne, sans courir le risque qu'elle soit contestée. De surcroît, un contrôle du droit dérivé par rapport à un accord international liant la Communauté aurait par conséquence la constatation (indirecte) d'une incompatibilité des traités UE avec les accords internationaux dans tous les cas où les organes communautaires aient mise en œuvre les accords UE en exerçant une compétence liée.⁵⁶⁴ Cela reflète la jurisprudence des cours constitutionnelles lorsqu'elles affirment la primauté de la Constitution sur les accords internationaux : dans le système communautaire, cette primauté est implicite. Le fait que la Cour de Justice puisse, à sa discrétion, définir la place occupée par une norme, communautaire ou internationale, à l'intérieur de la hiérarchie des normes étatiques entraîne deux considérations.⁵⁶⁵ D'un côté, la Cour adopte la primauté par rapport aux règles communautaires puisque tout conflit entre une norme communautaire et une autre nationale *doit* être résolu à faveur de la première : c'est le droit communautaire qui écarte le droit national incompatible. C'est une condition d'existence du système communautaire, le fait de devoir primer, en cas de conflit, le droit national, auquel il fait référence, afin de réaliser l'*effet utile* de l'obligation. D'autre côté, cette liberté de la Cour de reconnaître effet direct aux engagements liant la Communauté est justifiée du fait d'éviter qu'*aucun* conflit ne puisse se produire parmi ces engagements et les traités fondateurs, lorsqu'ils portent la même matière. Cela créerait une sorte de court-circuit entre les engagements internationaux et les traités fondateurs, qui ne présupposent pas l'existence d'aucune autre norme leur supérieure.⁵⁶⁶ En effet, la jurisprudence qui nie effet direct aux normes des « covered

(⁵⁶⁴) Sur les conséquences à l'égard des traités constitutifs de l'UE que la reconnaissance de l'effet direct des traités OMC entraînerait, v. BRONCKERS M., From "Direct Effect" to "Muted Dialogue" : Recent Developments in the European Courts' Case Law on the WTO and Beyond. *Journal of International Economic Law*, 2008, vol. 11, p. 896.

(⁵⁶⁵) V. KLABBERS J., *The European Union in International Law*. Paris: Pedone, 2012, p. 72.

(⁵⁶⁶) Il a été noté que la Cour devrait nier l'effet direct aux décisions issues d'autres juridictions internationales au cas où elles seraient contraires à la « fundamental public policy » de la Communauté. V. BRONCKERS M., The relationship of the EC Courts with other International Tribunals: non-committal, respectful or submissive? *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, p. 624.

agreements » de l'OMC est issue des litiges touchant des matières qui souvent coïncident avec une compétence exclusive de la Communauté.

Lorsqu'il s'agit d'une matière partagée parmi les Etats membres et la Communauté, la Cour de Justice reconnaît souvent un « effet indirect » aux engagements mixtes, et cela en connexion avec le fait qu'une réglementation communautaire ait été édictée. On a donc la preuve que l'effet direct est lié aux mesures d'exécution d'un accord, en tant qu'elle tendent, dans leur ensemble, à la réalisation des obligations internationales. Pour ce qui concerne les accords mixtes dans le cadre de l'OMC, le pouvoir de contrôle de la Cour sur l'effet direct des engagements de l'OMC est lié au partage de compétences tracé dans l'avis 1/94.⁵⁶⁷ Dans l'arrêt *Hermès*, après avoir relevé que la protection de la propriété intellectuelle est une matière partagée entre les Etats membres et la Communauté, la Cour de Justice a interprété l'Article 50 de l'Accord TRIPs pour la partie où il s'applique aux marques communautaires, bien que le règlement communautaire concerné ne fût pas aucune référence à la norme de cet Accord. D'ailleurs, même si la Cour n'a pas suivi la position suggérée par l'Avocat Général Tesauro, notamment de reconnaître effet direct à cette norme, l'interprétation de l'Article 50 donnée par la Cour a permis au juge au principal d'apprécier la loi interne néerlandaise par rapport à la règle de l'Accord TRIPs.⁵⁶⁸ Cette jurisprudence étant reprise par l'arrêt *Dior*, elle s'appuie sur la formulation de l'Article 50 du TRIPs, qui prévoit des normes procédurales pour la protection de la propriété intellectuelle. Cette règle oblige l'Etat de concilier la protection du détenteur de la propriété intellectuelle dans la limite

(⁵⁶⁷) La compétence dans le cas du TRIPs est mixte : v. CJCE, 15 novembre 1994, *Avis 1/94, Rec.*, p. 5417-I et suiv.

(⁵⁶⁸) V. CJCE, 16 juin 1998, *Hermès International (société en commandite par actions) contre FHT Marketing Choice BV*, Aff. C-53/96., *Rec.*, p. 3647-I, point 28. V. aussi *Conclusions de l'Avocat Général M. Giuseppe Tesauro* dans l'affaire C-53/96, *Rec.*, p. 3621-I, point 22. Sur le fait que la Cour n'a pas pu appliquer directement l'Article 50 du TRIPs à cause de « l'unanimous political opposition to the direct application of WTO law » et que, par conséquent, la solution à ce litige est issue d'un compromis, tout à fait critiquable, v. VON BOGDANDY A., Note. *Common Market Law Review*, 1999, vol. 36, p. 669-670. Des autres auteurs ont noté que le principe d'interprétation conforme, tel que la Cour a employé dans ce litige et dans un autre successif concernant l'application de l'Article 50 (6) du TRIPs, n'entraînerait pas pour les juges nationaux des conséquences à fait différentes que l'attribution d'effet direct à cette règle. V. KUIJPER P. J.; BRONCKERS M., *WTO Law in the European Court of Justice. Common Market Law Review*, 2005, vol. 42, p. 1329.

d'une utilisation non abusive. L'article 50, d'après la CGCE, relève dans le champ d'application du droit communautaire au cas où celui-ci n'aurait pas encore édicté des règles *plus spécifiques*. De cela donc ressort l'exigence d'une « interprétation uniforme » de la norme du TRIPs qui, en réalité, cache son effet direct, ainsi permettant une majeure protection d'un droit garanti par l'ordre communautaire.⁵⁶⁹ En revanche, lorsque le droit communautaire n'a pas encore réglé la matière, la Cour de Justice n'a pas hésité à laisser les juridictions nationales libres de conférer effet direct à l'engagement spécifique.⁵⁷⁰

Cette jurisprudence est étendue aux autres accords internationaux. Après avoir relevé l'existence d'un intérêt communautaire même « en l'absence de réglementation de l'Union en la matière », dans l'arrêt *Lesoochranárske zoskupenie VLK* la Cour de Justice a imparté au juge national la charge d'interpréter le droit national à la lumière des « objectifs » du paragraphe 3 de l'article 9 de la Convention d'Aarhus, une norme procédurale qui permet « la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de

⁽⁵⁶⁹⁾ V. CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior SA contre TUK Consultancy BV et Assco Gerüste GmbH et Rob van Dijk contre Wilhelm Layher GmbH & Co. KG et Layher BV*, Aff. jointes C-300/98 et C-392/98, *Rec.*, p. 11358-I et suiv., points 37, 47-48. Comme la Cour a précisé, « s'agissant d'un domaine auquel le TRIPs s'applique' et dans lequel la Communauté a déjà légiféré, comme c'est le cas de celui de la marque [...] les autorités judiciaires des États membres sont tenues en vertu du droit communautaire, lorsqu'elles sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures provisoires pour la protection des droits relevant d'un tel domaine, de le faire dans la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de l'article 50 du TRIPs » (par. 47). On remarque bien le développement de cette jurisprudence dans les affaires successives concernant l'application de l'accord TRIPs. Relevant que la directive 89/104 ne visait pas un rapprochement 'total' des droits des marques, la Cour a comparé soigneusement la législation communautaire avec les normes de cet accord et en a exclu l'incompatibilité. V. CJCE, 13 septembre 2001, *Schieving-Nijstad vof et autres contre Robert Groeneveld*, Aff. C-89/99, *Rec.*, p. 5892-I, points 54-55 ; CJCE, 16 novembre 2004, *Anheuser-Busch Inc. contre Budějovický Budvar, národní podnik*, Aff. C-245/02, *Rec.*, p. 10989 et suiv., points 69-70, 73, 82 ; voir aussi CJUE, 6 juillet 2010, *Monsanto Technology LLC contre Cefetra BV et autres*, Aff. C-428/08, *Rec.*, p. 6765-I, points 74-77. Pour le principe d'interprétation conforme de la réglementation communautaire avec l'Accord TRIPs et WPPT, v. CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, Aff. C-135/10, non publié, points 51 et suiv. et 71. Sur l'ensemble de ces questions, v. SNYDER F., *The Gatekeepers: the European Courts and WTO Law*. *Common Market Law Review*, 2003, vol. 40, p. 320 et suiv.

⁽⁵⁷⁰⁾ Par exemple, dans l'affaire *Merck*, la Cour souligne que le droit communautaire ne « s'oppose [pas] à ce qu'un effet direct soit reconnu » à l'article 33 de l'accord ADPI dans la mesure où la Communauté n'a pas encore légiféré dans la matière. V. CJCE, 11 septembre 2007, *Genéricos - Produtos Farmacêuticos Lda contre Merck & Co. Inc. et Merck Sharp & Dohme Lda*, Aff. C-431/05, *Rec.*, p. 7036-I et suiv., points 35-48.

l'Union, en l'occurrence de la directive 'habitats' ». Donc, la protection offerte par la norme internationale étant majeur par rapport à celle communautaire, la Cour de Justice rappelle le devoir d'une protection « équivalente » et « effective » dans le cadre du droit national pour la protection des droits substantiels tirés du système communautaire.⁵⁷¹ En outre, quand la protection offerte par cette Convention est « similaire » à celle garantie par le droit communautaire, la Cour – après en avoir constaté la compatibilité – a interprété les deux par rapport au droit national.⁵⁷²

Il y a toutefois des cas où la Cour a apprécié l'effet direct d'un engagement international bien qu'il s'agît d'un accord mixte. Ces cas sont l'expression d'un certain « judicial activism » montré par la Cour. Dans un premier cas, la Cour paraît-elle privilégier l'effet direct d'une convention internationale lorsqu'elle règle une matière partagée parmi le droit communautaire et le droit national en assurant un niveau de protection plus élevé par rapport à les deux, bien que ni le droit communautaire ni celui national aient pris des mesures d'exécution de l'accord. Dans l'affaire *Etang de Berre*, en conférant effet direct au Protocole relatif à la protection de la Mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique, la Cour fait référence à nouveau au concept d'effet direct tel qu'il avait été élaboré afin de sanctionner « la carence des pouvoirs publics » pour le défaut de transposition des directives communautaire, notamment dans sa prospective de sanction. Tout en n'ayant pas en soi-même aucun effet direct d'après les critères traditionnels de sa jurisprudence, la Cour a néanmoins reconnu l'effet direct aux règles de ce Protocole.⁵⁷³ Le fondement de cette constatation est expliqué par la question successive tranchée par la Cour à l'égard du même sujet. Dans la mesure où le Protocole

(⁵⁷¹) V. CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, Aff. C-240/09, non publié, points 42, 47-48. Il a été noté qu'en cette affaire la Cour a élargi la notion d'effet indirect : v. ELIANTONIO M., Note. Common Market Law Review, 2012, vol. 49, p. 783.

(⁵⁷²) V. CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay e.a. contre Région wallonne*, Aff. C-182/10, non publié, points 42-43 ; bien que l'article 10-bis de la directive 85/337/CEE du Conseil et l'article 9 par. 2 de la Convention d'Aarhus soient presque identiques, la Cour n'ordonne pas la disapplication du droit national contraire mais elle fait référence au principe d'effectivité de protection. V. aussi CJUE, 18 octobre 2011, *Antoine Boxus et alii contre Région wallonne*, Aff. jointes C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, non publié, point 52 et suiv.

(⁵⁷³) V. CJCE, 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région contre Électricité de France (EDF)*, cit., p. 7374-I, point 45.

est un engagement mixte, il y a un « intérêt communautaire » à son respect : en conséquent, le fait qu'une réglementation communautaire n'ait pas été encore édictée pour mettre en œuvre cette convention ne pourrait pas être opposé par les Etats afin de se soustraire à cet engagement.⁵⁷⁴

En revanche, l'affaire *Intertanko* peut être interprétée comme une justification subreptice de la jurisprudence touchant le GATT. Dans ce litige, la directive 2005/35/CE, objet du contrôle de validité, reproduisait, en le modifiant, certaines règles posées par la Convention MARPOL, à laquelle la Communauté n'était pas partie. En revanche, l'UNCLOS est une convention mixte et la matière de l'environnement ressort des Etats membres et de la Communauté. Dans cette affaire, le juge national avait demandé à la Cour d'apprécier la validité de l'article 4 de la directive 2005/35/CE par rapport au droit de passage inoffensif tel qu'énoncé par l'UNCLOS.⁵⁷⁵ La Cour a nié tout effet direct à l'UNCLOS. Toutefois, le procédé logique est discutable. En effet, d'abord elle aurait dû répondre à la question de savoir si le droit de passage inoffensif faisait partie de sa compétence exclusive, comme elle avait clairement dit dans l'arrêt *Commission c. Irlande*, parce que c'est l'accord qui impose d'identifier les matières de compétence de l'organisation internationale ou de l'Etat signataire.⁵⁷⁶ Si la Cour avait affirmé qu'en effet le principe de passage inoffensif relevait de la compétence exclusive de la Communauté, elle aurait pu librement établir l'effet direct de cette règle. En revanche, et probablement cela est la réponse correcte, si elle avait affirmé que ce principe relevait de la compétence mixte de la Communauté, elle aurait pu suggérer aux juges nationaux soit d'interpréter la directive conformément au droit de passage inoffensif soit d'écarter toute incompatibilité

⁽⁵⁷⁴⁾ V. CJCE, 7 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes contre République française*, Aff. C-239/03, *Rec.*, p. 9339-I, points 29-31.

⁽⁵⁷⁵⁾ V. CJCE, 3 juin 2008, *The Queen, à la demande de International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) et autres contre Secretary of State for Transport*, Aff. C-308/06, *Rec.*, p. 4057-I, point 29.

⁽⁵⁷⁶⁾ V. CJCE, 30 mai 2006, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, Aff. C-459/03, *Rec.*, p. 4661-I, par. 7 et suiv. et par. 86. En particulier, la Cour souligne que dans « le contexte *spécifique* de la Convention, le constat d'un transfert de compétences partagées à la Communauté est subordonné à l'existence, dans les matières dont relèvent les dispositions de la Convention concernées, de règles communautaires, quelles qu'en soient du reste la portée et la nature ». A ce sujet, v. SCHRIJVER N., Note. *Common Market Law Review*, 2012, vol. 47, p. 870-871.

parmi la directive et ce droit. En empruntant ce chemin, elle aurait pu aisément soutenir que le droit de passage n'affecte nullement le devoir des Etats de punir d'une certaine manière la pollution des navires en exécution d'une directive communautaire. La Cour a néanmoins répondu à ces questions en affirmant que l'UNICLOS ne s'adresse pas aux individus pour confirmer la jurisprudence relative au GATT. Ce choix est évidemment dicté par la volonté de lier l'absence d'effet direct d'une règle internationale au fait qu'elle soit considérée une norme de référence.⁵⁷⁷

⁽⁵⁷⁷⁾ V. EECKHOUT P., Note. *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, p. 2055-2056.

Section 3. Conclusion

On a d'abord vu la différence l'interprétation que des organes internationaux peuvent donner à de règles substantielles similaires. D'un côté, la jurisprudence des Groupes Spéciaux et de l'Organe d'Appel montre que les recommandations s'adressent directement aux Etats, qui ne sont point obligés de prendre en considération les intérêts des individus lorsqu'ils doivent se mettre en conformité avec les obligations des « covered agreements ». Cela est dû notamment au souci de ne pas entraver la marge d'appréciation dont ils disposent lorsqu'il faut parvenir à un accord sur la portée des conséquences d'une violation des « covered agreements ». D'autre côté, la Cour de Justice a dégagé des normes secondaires qui s'adressent directement aux individus dans le domaine des aides d'Etat, bien que les règles primaires des traités imposent uniquement aux Etats de s'abstenir d'octroyer une aide incompatible avec le marché commun. Cette interprétation large des obligations communautaires a permis de conférer aux individus des droits (le droit de l'entreprise concurrente d'être dédommée) ou d'imposer des obligations (par exemple, la restitution de l'aide illégale). Notamment, dans la mesure où les entreprises concurrentes ont subi un dommage de l'octroi de l'aide illégale, elles disposent d'un droit d'action pour remédier à cette violation. Certes, la Cour de Justice a rarement invoqué le principe de primauté dans le domaine du droit des aides d'Etats, vu qu'une certaine marge d'appréciation est garantie aux Etats lorsqu'ils doivent récupérer l'aide. Il ne s'agit pas d'une obligation absolue et inconditionnelle. D'autre côté, l'emploi modéré de la primauté est justifié pour empêcher aux entreprises concurrentes de s'en prévaloir avant que la Commission prend définitivement une position par rapport à la compatibilité de l'aide avec le marché commun. Ces différentes conceptions de la fonction d'un traité (les accords de l'OMC) ont néanmoins un fondement juridique plus substantiel. Une possible réponse on peut la trouver dans les différents remèdes prévus par les deux traités. En effet, d'un part, dans le cadre de *l'Accord SCM*, les Etats ont le droit d'adopter des mesures compensatoires lorsqu'une subvention a été mise en place par un autre Etat, alors que cela est complètement interdit

par l'article 30 du TFUE, qui impose la suppression de tout droit de douane et taxe d'effet équivalent.⁵⁷⁸

En second lieu, en reflétant le même procédé employé par la Cour Suprême des Etats Unis dans l'affaire *Medellín*, la Cour de Justice nie effet direct aux « covered agreements » de l'OMC. En effet, si les individus pouvaient contester la légalité des mesures communautaires prises, le cas échéant, en exécution d'une « mutually acceptable solution » parmi l'Union et un autre partenaire commercial partie de l'OMC, la Cour de Justice entraverait, moyennant sa jurisprudence, la mise en œuvre de la politique commerciale externe, qui relève de la compétence exclusive d'autres organes communautaires. Il en va de même au cas où l'Union serait autorisée d'adopter des contremesures face à une violation d'un « covered agreement ». De ce point de vue, le rôle de la Cour reflète les mêmes soucis d'équilibre institutionnel d'une cour constitutionnelle étatique.

⁽⁵⁷⁸⁾ V. FLETT J.; JESSEN A. C.; TALABER-RITZ K., *The Relationship between WTO Subsidies Law and EC State Aid Law. Le droit des aides d'Etat dans la CE : liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea* / ed. par Gil Carlos RODRIGUEZ IGLESIAS. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p. 444.

Conclusion générale

Dans cet ouvrage, on a essayé de tracer des lignes générales par rapport à des aspects concernant l'interprétation et la mise en œuvre des obligations internationales. On est parvenu au constat qu'une règle internationale, lorsqu'elle impose de réaliser un certain événement ou l'interdit, dans la plupart de cas ne s'adresse qu'aux Etats, en visant des comportements étatiques. Ceux-ci sont les « moyens » qui permettent de parvenir ou éviter un certain résultat matériel, qui peut en soit envisager des individus. C'est donc le droit interne, considéré dans sa totalité, à permettre la mise en œuvre des obligations internationales, dans la mesure où il confère aux organes le pouvoir (ou la compétence) de tenir certains comportements en vue de parvenir à un objectif. En ce cas, notamment, le problème de « l'effet direct », dans sa conception traditionnelle, est lié au fait que l'individu puisse opposer valablement le respect d'une règle internationale aux autorités nationales (et dans ce cas, l'aspect de primauté du droit international est plus marqué), ainsi permettant de relever une faute commise dans l'application du droit interne, qui empêche de parvenir au résultat visé par l'obligation internationale.

Cet aspect dépend à la fois de la structure de l'obligation internationale (positive, négative, de comportement déterminé et de résultat) mais aussi de l'interprétation que les organes internationaux lui donnent lorsqu'ils sont appelés à trancher des différends. A titre d'exemple, la structure d'une obligation internationale relative aux droits de l'homme, lorsqu'elle vient à nouveau interprétée par un juge international directement saisi par un justiciable, permet de lui faire déployer un effet interne « maximale » dans l'ordre juridique national.

En conséquence, soit en raison d'une formulation « floue » de la règle internationale, soit à cause de la marge d'appréciation des organes internationaux, la portée interne d'une règle internationale reste souvent incertaine. Seulement en vertu d'une analyse précise de la volonté des Etats, aperçue par des indices, on peut établir le point jusqu'où ils souhaitent que la règle internationale soit leur opposée sur le plan interne.

Les obligations qui posent moins de problèmes interprétatifs sont celles qui énoncent des prohibitions « absolues », comme par exemple l'interdiction de la torture. Dans la mesure où ces règles imposent un général devoir d'abstention aux organes de l'Etat, qui ne doivent tenir aucun comportement apte à réaliser tel événement, la tâche se relève très simple, du fait qu'elle se réduit à l'appréciation d'un événement « matériel », le comportement de l'organe qui a contribué à la causation d'un acte de torture. Dans ce domaine, peu importe remonter à la cause de la violation, à la règle interne qui a conféré le pouvoir à l'organe de tenir le comportement incriminé. Pour établir la responsabilité, il suffit que l'événement « matériel » soit attribué à l'Etat dans le respect des règles de droit international général.

Il arrive que parfois la règle internationale s'adresse aussi aux personnes privées, en leur interdisant la commission d'un certain crime : c'est notamment le cas du génocide. En cette circonstance, vu la carence d'un système international de mise en œuvre de la responsabilité individuelle, à l'interdiction s'ajoutent des obligations qui imposent aux Etats de « prévenir » et « punir » cet événement. Ces obligations tendent à garantir l'effet utile de l'interdiction. D'ailleurs, le concept de prévention implique que la réalisation d'un fait soit au préalable prohibée. Il en va de même pour l'obligation de punir, qui, aux yeux des personnes privées, se présente comme une règle secondaire, comme la conséquence de la violation d'une règle primaire, l'interdiction. La nature secondaire de l'obligation de punir se dévoile lorsque l'Etat a commis génocide ou torture : en effet, il y a une certaine tendance de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité contre la torture des Nations Unies à interpréter l'obligation de punir comme une sorte de « réparation » due directement aux victimes..

Même la règle sur l'immunité de juridiction peut être interprétée comme la prohibition de réaliser un événement, pourtant de nature juridique. En effet, dans la majorité des cas, le fait générateur de la responsabilité est un acte interne (un mandat d'arrêt, une condamnation). L'incidence du juge international par rapport à la source de ce comportement est plus intrusive, puisque évidemment les autorités nationales ont exercé la juridiction en se fondant sur des règles internes qui leur ont conféré un tel pouvoir. Si on soutient que les juges se « trompent » lorsqu'ils exercent la juridiction sur le fondement d'une certaine interprétation du droit interne, alors il en ressort qu'ils auraient dû interpréter le droit interne à la lumière du droit international. On décèle ainsi

un second concept plus large d'effet direct, en entendant par là non seulement une règle directement invocable par un individu, mais qui s'adresse directement à un organe spécifique de l'Etat. Cela implique l'existence d'une règle interprétative supérieure, qui impose d'interpréter le droit interne en conformité au droit international. D'ailleurs, on pourrait aussi soutenir que le droit international établit lui-même l'étendue de la juridiction étatique par rapport à certaines situations : dans cette perspective, la suprématie du droit international est encore plus évidente. Lorsque le juge international fait référence au paradigme de la nullité des actes internes, comme la C.I.J lors de l'affaire *Mandat d'arrêt*, cela nécessairement implique que le fondement de ces actes soit lui-même entaché d'illégalité, dans la mesure où l'organe chargé de mettre en œuvre la règle interne ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation (ou d'interprétation).

On a vu que parfois la même existence d'une norme est censée d'être le fait générateur de la responsabilité. Cette approche trouve sa justification lorsqu'il s'agit d'un droit « absolu », dans la mesure où il ne peut être sujet à aucune restriction : en ce cas, l'emprise du droit international est notamment forte, puisque une loi, indépendamment de son application, pourrait engendrer une violation de sa seule existence. Etant donné que l'existence d'une règle contraignante n'affecte personne, puisqu'elle ne réalise aucun événement « matériel », il faut alors supposer qu'il s'agisse d'une atteinte purement « psychologique » à un droit conféré par la règle internationale. Il s'agit alors d'étendre l'objet de l'obligation, jusqu'y inclure la tutelle contre une « crainte » ou « menace » d'origine étatique.

Le domaine de la protection des droits de l'homme illustre parfaitement le bien fondé de ces hypothèses, parce qu'on y repère des obligations conventionnelles très variées, dont le contrôle est parfois assuré par un juge international. Certes, d'autant plus le mécanisme de mise en œuvre d'une convention internationale ne garantira aux individus la possibilité de saisir une juridiction internationale, d'autant plus l'examen du droit interne sera étendu. En présence d'un droit d'action internationale, on ne peut pas douter que les individus soient les « directs » destinataires d'une règle internationale, dans la mesure où ils peuvent opposer aux autorités nationales le respect d'une règle supérieure, dont ils sont les titulaires, sur un plan extra étatique. Dans la mesure où le droit international est considéré comme supérieur par l'organe international chargé de trancher

un litige, le degré de sa prise sur le droit interne et la précision dans l'interprétation seront en conséquent plus marqués. L'effet « direct » du droit international est alors maximal.

Ce constat par ailleurs ne peut pas négliger autres évidences. En effet, dans le même cadre de la protection des droits de l'homme, les règles internationales souvent permettent la réalisation d'un événement « restrictif » d'un droit, à condition que la restriction soit conforme à certains canons (la protection d'autres valeurs) et qu'il ne s'agisse pas d'un droit « absolu ». Ce procédé suppose que les organes étatiques puissent restreindre les droits, en tenant des comportements sur le fondement d'un pouvoir leur conféré par une règle interne. Pourraient ceux-ci constituer une « faute » dans la mesure où ils entravent un plein accomplissement de la règle internationale ? La réponse est évidemment positive lorsqu'on retient une position de supériorité du droit international par rapport au droit interne. Les mécanismes pour « prévenir » la possibilité de commettre une faute sont deux. Le premier, de nature successive, est le seul connu par le droit international classique : l'organe international, après avoir constaté la violation, devrait indiquer avec clarté les comportements étatiques à éviter pour prévenir des ultérieures violations. Le seconde, de nature préventive, est celui bien connu du droit de l'Union européenne : la mise en place d'une procédure incidente permettant de contrôler le droit interne à l'intérieur du procédé décisionnel de l'organe étatique, qui aboutit à une décision et donc à la réalisation d'un événement, au cas où il y aurait un risque d'entraver l'acquiescement de la règle internationale. Avec une remarque : le renvoi préjudiciel suppose que la règle super étatique soit directement applicable à l'instar d'une règle nationale, autrement aucune question d'antinomie – et donc d'incompatibilité avec le droit interne – pourrait jamais se poser. L'effet direct en droit communautaire se réduit dans la présomption que les normes communautaires envisagent toujours la réalisation d'un événement au profit d'un individu, que les Etats aient voulu clairement cette portée « maximale » sur le plan interne.

On a vu, ensuite, quels sont les indices qui permettent d'apprécier dans quelle mesure les Etats ont voulu limiter les effets d'une règle internationale sur le plan interne.

D'abord, il faut tenir compte de la formulation de la règle internationale. Lorsqu'elle parle de diligence, de réalisation progressive, on peut fort douter qu'elle puisse être opposée par les individus aux autorités nationales. Cette circonstance est très évidente

lorsqu'il s'agit de droits structurés en négatif, comme des devoirs de ne pas tenir certains comportements étatiques : par la suite, comment pourrait-on imaginer un « effort » de s'abstenir à la contribution d'un certain événement qui concerne les individus ? Lorsqu'en revanche elle sont conçues comme des obligations positives de garantir des avantages matériels aux individus, il faut quand même tenir compte du fait que les juges nationaux ne sont pas, en général, des organes législatifs ou exécutifs, et ils ne peuvent trop forcer les limites de leurs compétences. Imposer à un organe judiciaire de s'efforcer pour garantir un droit social ou économique équivaut à lui imposer un objectif sans en donner les moyens pour l'atteindre.

Ensuite, une interprétation du juge international de la règle primaire trop créative, qui force les éléments textuels, tout en demeurant trop timide par rapport à la portée de la règle secondaire de réparation, risque de se heurter avec des difficultés interne d'accepter cet activisme judiciaire, comme bien démontré par les arrêts *LaGrand* et *Avena* de la C.I.J. En effet, en dehors d'un droit d'action conféré, par voie conventionnelle, à l'individu pour faire constater une violation sur le plan international, les règles secondaires sont encore entièrement dans les mains des Etats, qui gèrent la réparation dans la façon qu'ils jugent la plus appropriée. Comme enfin les travaux de codification sur la responsabilité des Etats ont démontré, la structure du droit international positif contemporaine ne permet pas d'affirmer l'effet direct des conséquences découlant de la violation d'une règle internationale

Enfin, on a examiné un « domaine sensible » du droit international, à savoir : les rapports économiques. Ici, contrairement aux systèmes de protection des droits de l'homme, les Etats excluent la portée interne de la règle internationale, en se réservant le pouvoir de gérer sur un plan interétatique les engagements qu'ils ont pris. Ceci est clairement démontré par le droit de l'OMC. Les Etats et l'Union européenne, qui agit comme une véritable entité étatique, ont exclu catégoriquement que ces accords puissent être invoqués par les individus pour contester le droit interne, moyennant lequel en même temps ils garantissent l'exécution dédits traités. Comme on voit, cela permet aux Etats de garder une large marge d'appréciation sur le plan international par rapport à l'exécution des recommandations issues de l'ORD. Il s'agit donc d'un système de « compliance » encore fondé, en large partie, sur l'accord entre les parties, ainsi excluant toute appréciation unilatérale contraignante sur la conformité de ces mesures d'exécution. Il en

ressort que l'individu n'est pas considéré le « véritable » destinataire de la règle internationale, du seul fait qu'elle impose de réaliser un certain objectif : en conséquence, la chance d'opposer aux autorités nationales le respect de la règle internationale « supérieure » est inexistante.

Bibliographie

I) Ouvrages et articles

ABDELGAWAD Lambert, La proportionnalité dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation* / ed. par Hélène RUIZ FABRI, Lorenzo GRADONI. Société de législation comparée : Paris, 2009, p. 436.

ABRAHAM Ronny, L'articulation du droit interne e du droit international. *La France et le droit international : ouverture* / ed. par Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK, Paris: Pedone, 2007, p. 260-266.

AGO Roberto, Illecito commissivo e illecito omissivo nel diritto internazionale. *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati* / ed. par Maria Antonietta DI BLASE, Giorgio GAJA, Giorgio GUARINO. Camerino : Jovene, 1978, vol. I, p. 136-137

AGO Roberto, La responsabilité indirecta nel diritto internazionale. *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati* / ed. par Maria Antonietta DI BLASE, Giorgio GAJA, Giorgio GUARINO. Camerino : Jovene, 1978, vol. I, p. 16-18.

AGO Roberto, Le délit international. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1939, vol. 68, tome II, p. 463.

ALEMANNI Alberto, Private Parties and WTO Dispute Settlement System : who bears the Costs of Non-compliance and why Private Parties should not bear them. *Essays on the Future of the World Trade Organization* / ed. par Julian CHAISSE, Tiziano BALMELLI. Lugano: Edis, 2008, p. 274–278.

ALLAND Denis, Jamais, parfois, toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales. *Revue française de droit international*, 1996, vol. 100, p. 620-631.

ALLAND Denis, Note sur *Conseil d'Etat*, assemblée, 23 décembre 2011, n. 303678, M. Eduardo José Kandryrine de Brito Paiva. *Revue française de droit international*, 2012, vol. 28, p. 35.

ALLAND Denis, Note. *Revue française de droit administratif*, 2012, vol. 28, p. 35.

ALSTON Philip, The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, 1987, vol. 9, p. 166-171.

ANZILOTTI Dionisio, *Corso di diritto internazionale*. Roma: Athenaeum, 1912, p. 29-38.

ANZILOTTI Dionisio, *Cours de Droit International*. Paris : Librairie de Recueil Sirey, 1929, p. 406-408.

ANZILOTTI Dionisio, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*. Bologna: Zanichelli, 1905, 328 p.

ASCENSIO Hervé, La responsabilité selon la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque. *Revue générale de droit international public*, 2007, vol. 111, p. 298.

BARTOLE Sergio; DE SENA Pasquale; ZAGREBELSKY Vittorio, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2012, p. 497-510.

BASSIOUNI Cherif, *Crimes against humanity*. 2e éd. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 82-86.

BECKETT W.-E, Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice International. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1932, vol. 39, tome I, p. 157-158.

BEREZOWSKI Cezary, Les sujets non souverains du droit international. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1938, vol. 65, tome III, p. 14.

BIONDI Andrea, In Praise of Francovich. *The Past and Future of EU Law* / ed. par Miguel POIARES MADURO, Loic AZOULAÏ. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 413-414.

BLUNTSCHILI Johann Caspar, *Le droit international codifié* [traduit de l'allemand par M. C. LARDY; précédé d'une biographie de l'auteur par A. RIVIER]. Paris : Guillaumin, 1895, p. 399-401.

BONAFE' Beatrice I., Direct effect of international agreements in the EU legal order: does it depend on the existence of an international dispute settlement mechanism. *International Law as the Law of European Union* / ed. par Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses A. WESSEL. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011, p. 232-235.

BONAFE' Beatrice I., *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2009, XII-281 p.

BRADLEY Curtis A., Self-Execution and Treaty Duality. *Supreme Court Law Review*, 2008, vol. 60, p. 131.

BRADLEY Curtis A., International Delegations, the Structural Constitution and Non-Self-Execution. *Stanford Law Review*, 2003, vol. 55, p. 1592.

BRADLEY Curtis A., Our Dualist Constitution and the Internationalist Conception. *Stanford Law Review*, 1999, vol. 51, p. 561-565.

BRADLEY Curtis A., U.S. Supreme Court decision on the effect of procedural default on the availability of remedies for violations of the VCCR in light of the ICJ opinion in *Avena*, and on suppression of evidence as a possible remedy. *American Journal of International Law*, 2006, vol. 100, p. 885-890.

BRONCKERS Marco, From "Direct Effect" to "Muted Dialogue" : Recent Developments in the European Courts' Case Law on the WTO and Beyond. *Journal of International Economic Law*, 2008, vol. 11, p. 896.

BRONCKERS Marco, Private Appeals to WTO Law: An Update. *Journal of World Trade*, 2008, vol. 42, p. 255-260.

BRONCKERS Marco, The relationship of the EC Courts with other International Tribunals: non-committal, respectful or submissive? *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, p. 624.

BRONCKERS Marco; VAN DEN BROEK Naboth, Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, 2005, vol. 8, p. 103.

BUERGENTHAL Thomas, Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1985, vol. 235, tome IV , p. 323-325.

BURCHARD Christoph, Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6, p. 161-163.

CANAL-FORGUES Eric, *Le règlement des différends à l'OMC*. 3^e éd. Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 33.

CAPLAN Lee, State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens : A Critique of the Normative Hierarchy Theory. *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, p. 754.

CAPOTORTI Francesco, *Patti internazionali sui diritti dell'uomo*. Padova: Cedam, 1967, p. 12-18.

CARMODY Chi, Remedies and Conformity under the WTO Agreement. *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5. p. 322-330.

CASSESE Antonio, *International criminal law*. 2e éd. Oxford: Oxford University Press, 2008, 445 p.

CASSESE Antonio, *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 271.

CASSESE Antonio, Modern Constitutions and International Law. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1985, vol. 192, tome III, p. 368-418.

CASSESE Antonio, When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case. *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, p. 853.

CATALDI Giuseppe, La tortura è tra noi? La portata dell'art. 3 C.E.D.U. nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. *La tortura nel nuovo millennio: la reazione del diritto* / ed. par Lauso ZAGATO, Simona PINTON. Padova: Cedam, 2010, p. 183.

CAVAGLIERI Arrigo, I soggetti del diritto internazionale. *Rivista di diritto internazionale*, 1925, p. 185

CAVAGLIERI Arrigo, *Lezioni di Diritto Internazionale*. Napoli: Gennaro Maio, 1925, p. 111-114.

CHAPMAN Audrey, Violations Approach for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, 1996, vol. 18, p. 31-32

. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme. *Revue belge de droit international*, 2001, vol. 34, p. 424-434.

COLELLA Angela, C'è un giudice a Strasburgo – In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, vol. 52, p. 1827-1829.

COLLINS David, Efficient Breach, Reliance and Contract Remedies at the WTO. *Journal of World Trade*, 2009, vol. 43, p. 233-240.

COMBACAU Jean, Obligations de résultat et obligations de comportement – Quelques questions et pas de réponse. *Mélanges offerts à Paul Reuter : le droit international : unité et diversité* / ed. par Daniel BARDONNET. Paris : Pedone, 1981, pp. 201-202.

CONDORELLI Luigi, *Il giudice italiano e i trattati internazionali: gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1974, 145 p.

CONFORTI Benedetto, Cours général de droit international public. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1988, vol. 212, tome V, p. 40-43.

CONFORTI Benedetto, *Diritto internazionale*. 8e éd. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010, p. 210.

CONFORTI Benedetto, National Courts and the International Law of Human Rights. *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* / ed. par Benedetto CONFORTI, Francesco FRANCIONI. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 8-11.

CONFORTI Benedetto, Obblighi di mezzi ed obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme. *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale: studi in memoria di Mario Giuliano* / ed. par Tullio TREVES. Padova : Cedam, 1989, p. 376-378.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.* Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 38-39.

COTTIER Thomas, Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union. *The Challenge of WTO Law: Collected Essays* / ed. par Thomas COTTIER. London: Cameron May, 2007, p. 50

COTTIER Thomas, The Impact of the TRIPs Agreement on Private Practice and Litigation. *Dispute resolution in the World Trade Organisation* / ed. par James CAMERON, Karen CAMPBELL. London: Cameron May, 1998, p. 120-122.

COTTIER Thomas, The Relationship Between World Trade Organization Law, National and Regional Law. *The Challenge of WTO Law: Collected Essays* / ed. par Thomas COTTIER. London: Cameron May, 2007, p. 47.

CRAVEN Matthew, The domestic application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Netherlands International Law Review*, 1993, vol. 40, p. 375-380.

CRAWFORD James, Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture. *Journal of International Dispute Settlement*, 2009, vol. 1, p. 6-7.

DAMROSCH Lora Fisler, Changing the International Law of Sovereign Immunity Through National Decisions. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, vol. 44, p. 1187-1192.

DAMWIZ T., Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice - Effet anticipé, antérieur à l'expiration du délai de transposition, interprétation conforme aux directives, primauté et application "combinée" avec les principes généraux du droit. *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, vol. 43, p. 579-588.

DAMWIZ T., Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice - Effet anticipé, antérieur à l'expiration du délai de transposition, interprétation conforme aux directives, primauté et application "combinée" avec les principes généraux du droit. *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, vol. 43, p. 579.

D'ARGENT Pierre, Jurisprudence belge relative au droit international public (1993-2003). *Revue belge de droit international*, 2003, vol. 37, p. 575-627.

DE LA GROTTÉ Michel, Les affaires traitées par la Cour permanente de Justice internationale pendant la période 1926-1928. *Revue de droit international et de législation comparée*, 1929, vol. 10, p. 412.

DE VISSCHER Paul, Les tendances internationales des constitutions modernes. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1952, vol. 80, tome I, p. 555-573.

DE WET Erika, The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law. *European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, p. 99-100.

DE WITTE Bruno, Agreement or Constitution? *Reforming the Treaty on European Union: the legal debate* / ed. par Jan A. WINTER [et al.]. The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 12-16.

DE WITTE Bruno, The Continuous Significance of Van Gen en Loos. *The Past and Future of EU Law* / ed. par Miguel POIARES MADURO, Loic AZOULAÏ. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 11.

DECK Harrill, Exorcising the Ghost: Finding a Right and a Remedy in Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations. *Supreme Court Law Review*, 2004, vol. 55, p. 580.

DELBEZ Louis, La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger. *Revue générale de droit international public*, 1930, vol. 37, p. 472-474.

DENNIS Micheal J; STEWART David P., Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health? *American Journal of International Law*, 2004, vol. 98, p. 491-494.

DERENNE Jacques; KACZMAREK Cédric, La récupération des aides illégales : le rôle du juge national dans le 'private enforcement' du droit des aides d'Etat. *ERA Forum*, 2009, vol. 10, p. 258-262.

DOMINICE Christian, L'individu, la coutume internationale et le juge nationale. *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon : l'Hermès, 1980, p. 199.

DONNEDIEU DE VABRES Henri, *Introduction à l'étude du droit pénal international*. Paris : Recueil Sirey, 1922, p. 4-7.

DONNEDIEU DE VABRES Henri, Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1947, vol. 70, tome I, p. 513-514.

DONNEDIEU DE VABRES Henri, *Les principes moderne du droit pénal international*. Paris: Recueil Sirey, 1928, p. 143-165.

DRZEMCZEWSKI Andrew Z., *European Human Rights Convention in Domestic Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 40-47.

DUBOUT Edouard, L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le « bateau ivre » a-t-il sombré ? *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, vol. 46, p. 293 et s.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel, La règle de droit, Le problème de l'État*. Paris: E. De Boccard, 1927, tome I, p. 713-733.

DUPUY Pierre-Marie, Crime sans châtimeut ou mission accomplie? *Revue générale de droit international public*, 2007, vol. 111, p. 246.

DUPUY Pierre-Marie, International criminal responsibility of the individual and the international responsibility of the State. *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary / ed. par Antonio CASSESE, Paola GAETA, John JONES*. Oxford: Oxford University Press, 2002, Vol. II, p. 1085-1089.

DUPUY Pierre-Marie, Le fait générateur de la responsabilité internationale. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1984, vol. 188, tome V, p. 47-48.

EECKHOUT Piet, Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections. *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5, p. 94-96.

EECKHOUT Piet, Note. *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, p. 2055-2056.

EHLERMANN Claus-Dieter; EHRING Lothar, The Authoritative Interpretation under Article IX:2 of the Agreement Establishing the World Trade Organization: Current Law, Practice and Possible Improvements. *Journal of International Economic Law*, 2005, vol. 8, p. 812-816.

ELIANTONIO Mariolina, Note. *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, p. 783

FABOZZI Cesare, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*. Milano: Giuffrè, 1961, 170 p.

FAUCHILLE Paul, *Traité de droit international public*. Paris: Rousseau, 1921-1925, tome I, 2e partie, p. 90-91.

FERDINANDUSSE Ward, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*. The Hague: Asser Press, 2006, p. 248-256.

FERRARI-BRAVO Luigi, International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems. *The Structure and Process of International Law* / ed. par Ronald S. J. MACDONALD, Douglas M. JOHNSTON. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1983, p. 726-737.

FICHET-BOYLE Isabelle, MOSSE' Marc, L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions. *Droit international pénal* / ed. par Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET. Paris : Pedone, 2000, p. 872-885.

FIORAVANTI Cristina, Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali? *Quaderni costituzionali*, 2004, vol. 9, p. 561-565.

FLETT James ; JESSEN Anders C.; TALABER-RITZ Klara, The Relationship between WTO Subsidies Law and EC State Aid Law. *Le droit des aides d'Etat dans la CE : liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea* / ed. par Gil Carlos RODRIGUEZ IGLESIAS. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2008, p. 444.

FOLZ Hans-Peter. Germany. *International law and domestic legal systems : incorporation, transformation, and persuasion* / ed. par Dinah SHELTON. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 244-246.

FORLATI Serena, Violazione dell'obbligo di prevenire il genocidio e riparazione nell'affare Bosnia-Erzegovina c. Serbia. *Rivista di diritto internazionale*, 2007, vol. 90, p. 426.

GAETA Paola, Génocide d'Etat et responsabilité pénale individuelle. *Revue générale de droit international public*, 2007, vol. 111, p. 276-278.

GAETA Paola, International Criminalization of Prohibited Conduct. *The Oxford Companion to International Criminal Justice* / ed. par Antonio CASSESE. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 69-70.

GAJA Giorgio, La discutibile revoca del mandato d'arresto di un ex ministro degli esteri. *Rivista di diritto internazionale*, 2002, vol. 80, p. 371.

GAMBARO Edoardo; ROSSI Antonio, Recovery of Unlawful and Incompatible Aid. *Competition and State Aid – An Analysis of the EC Practice* / ed. par Alberto SANTA MARIA. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2007, p. 207-212.

GATTINI Andrea, A historical perspective : from collective to individual responsibility and back. *System Criminality in International Law* / ed. par André NOLLKAEMPER, Harmen VAN DER WILT. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 123.

GATTINI Andrea, Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica. *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione* / ed. par Marina SPINEDI, Alessandra GIANELLI, Maria Luisa ALAIMO. Milano : Giuffrè, 2006, p. 431-466.

GATTINI Andrea, Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment. *European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, p. 701-704.

GATTINI Andrea, Domestic Judicial Compliance with International Judicial Decisions: some paradoxes. *From Bilateralism to Community Interest : Essays in Honour of Judge Bruno Simma* / ed. par Ulrich FASTENRATH [et alii]. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1175-1184.

GATTINI Andrea, La Corte Internazionale di Giustizia fra Judicial Activism e Judicial Self-Restraint: il curioso caso della Richiesta di Interpretazione della sentenza resa nell'affare Avena. *Rivista di diritto internazionale*, 2009, vol. 92, p. 476-480.

GATTINI Andrea, War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision. *Journal of International Criminal Justice*, 2005, vol. 3, p. 237-239.

GAUTIER Philippe, On the Classification of Obligations in International Law. *Coexistence, Cooperation and Solidarity : liber amicorum Rudiger Wolfrum* / ed. by Holger HESTERMEYER. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012, vol. I, p. 856

GERARDS Janneke ; SENDEN Hanneke, The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 2009, vol. 7, p. 622- 623 et 630 – 636.

GIANELLI Alessandra, Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Rivista di diritto internazionale*, 2008, vol. 91, p. 452

GIARDINA Andrea, La Corte europea ed i rapporti fra diritto comunitario e diritto internazionale. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1974, vol. 9, p. 591.

GIDEL Gilbert, Ville libre de Dantzig et État Polonais. *Revue de droit international*, 1928, vol. 2, p. 734-743.

GIULIANO Mario, Les relations et immunités diplomatiques. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1960, vol. 100, tome II, p. 88.

GOH Gavin; ZIEGLER Andreas R., Retrospective remedies in the WTO after Automotive Leather. *Journal of International Economic Law*, 2003, vol. 6, p. 549-550.

GRAVEN Jean, Les crimes contre l'humanité. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1950, vol. 76, tome I, p. 446-450 e p. 458.

GRAY Christine, The different forms of reparation restitution. *The Law of International Responsibility* / ed. par James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 590.

HARRIS David John; O'BOYLE Michael; WARBRICK Colin, *Law of the European Convention on Human Rights*. 2e éd. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 107-111, 709.

HEIDENHAIN Martin, *European State Aid Law*. München : Verlag C.H. Beck, 2010, p. 775.

HENKIN Louis, U.S. Treaty Obligations and the States. *American Journal of International Law*, 1998, vol. 92, p. 679.

HILLION Christophe, Note sur Case C-265/03, Igor Simutenkov contre Ministerio de Educación y Cultura et Real Federación Española de Fútbol [2005] ECR I-2579. *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, p. 826

HOPPE Carsten, Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights. *European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, p. 332-333.

HUDEC Robert E., Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement. *Improving WTO Dispute Settlement Procedures – Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals* / ed. par Friedl WEISS. London: Cameron May, 2000, p. 381.

HURST Cecil, Les immunités diplomatiques. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1926, vol. 12, tome III, p. 124-142.

IVALDI Paola, L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale. *Istituzioni di diritto internazionale*. 4e éd. / ed. par Sergio M. CARBONE, Riccardo LUZZATTO, Alberto SANTA MARIA. Torino : Giappichelli, 2011, p. 145-150.

JACKSON John Howard, Direct Effect of Treaties in the US and the EU, the Case of the WTO: Some Perceptions and Proposals. *Continuity and Change in EU Law : Essays in Honour of Sir Francis Jacobs* / ed. par. Anthony ARNULL, Piet EECKHOUT, Takis TRIDIMAS. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 378.

JACKSON John Howard, Direct Effect of Treaties in the US and the EU, the Case of the WTO: Some Perceptions and Proposals. *Continuity and Change in EU Law : Essays in Honour of Sir Francis Jacobs* / ed. par. Anthony ARNULL, Piet EECKHOUT, Takis TRIDIMAS. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 378.

JACOBS Francis G., Direct effect and interpretation of international agreements in the recent case law of the European Court of Justice. *Law and Practice of EU External Relations* / ed. par Alan DASHWOOD, Marc MARESCEAU. Cambridge : Cambridge University Press, 2008, p. 17-23.

JENNINGS Robert, The LaGrand Case. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2002, vol. 1, p. 13.

JHABVALA Farrokh, On human rights and the socio-economic context. *Netherlands International Law Review*, 1984, vol. 31, p. 167-168.

JOSEPH Sara; SHULTZ Jenny; CASTAN Melissa, *The international covenant on civil and political rights : cases, materials, and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 7-8

KADELBACH Stefan, International Law and the Incorporation of Treaties into Domestic Law. *German Yearbook of International Law*, 1999, vol. 42, p. 66-70.

KADISH Mark J., Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: a Search for the Right to Consul. *Michigan Journal of International Law*, 1997, vol. 18, p. 604-612.

KELSEN Hans, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* [tit. orig. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre (Mohr, Tübingen 1920), trad. it. de Agostino CARRINO,]. Milano: Giuffé, 1989, p. 21-24.

KELSEN Hans, La transformation du droit international en droit interne. *Revue générale de droit international public*, 1936, vol. 43, p. 6-40.

KELSEN Hans, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1926, vol. 14, tome IV, p. 231.

KELSEN Hans, *Principles of International Law*. Holt: Rinehart and Winston Inc., 1966, p. 290-294 et p. 345.

KELSEN Hans, Théorie générale du droit international public : Problèmes choisis. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1932, vol. 42, tome IV, p. 164-165.

KLABBERS Jan, *The European Union in International Law*. Paris: Pedone, 2012, p. 72.

KOSKENNIEMI Martii, *The Gentle Civiliser of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870 – 1960*. Cambridge : Cambridge: University Press, 2003, p. 12-18, 306.

KRENN Christoph, A missing piece in the horizontal effect ‘Jigsaw’ : horizontal direct effect and the free movement of goods. *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, p. 207-212.

KUIJPER Pieter Jan, From initiating proceedings to ensuring implementation : the links with the Community legal order. *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System* / ed. par Giorgio SACERDOTI, Alan YANOVICH, Jan BOHANES. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 267-268.

KUIJPER Pieter Jan; BRONCKERS Marco, WTO Law in the European Court of Justice. *Common Market Law Review*, 2005, vol. 42, p. 1329.

LA PERGOLA Antonio, *Costituzione e adattamento dell’ordinamento interno al diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 1961, XI-450 p.

LA PERGOLA Antonio, Introduzione a: Costituzione dello Stato e norme internazionali. *Costituzione dello Stato e norme internazionali* / ed. par Ugo LEANZA. Milano: Giuffrè, 1986, p. 14-15.

LAGRANGE Evelyne, L’efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 2011, vol. 356, p. 330.

LAPRADELLE Albert de ; POLITIS Nicolas, De quelques raisons qui justifient l’existence d’une nouvelle Revue de Droit International. *Revue de droit international*, 1927, vol. 1, p. 5.

LAUTERPACHT Hersch, Jurisdictional Immunities of Foreign States. *British Yearbook of International Law*, 1951, vol. 28, p. 228-229.

LAUTERPACHT Hersch, *The development of international law by the International Court* [being a revised edition of “The development of international law by the Permanent Court of International Justice” (1934)]. London : Stevens & Sons Limited, 1958, p. 173-176.

LAZZERINI Nicole, Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono ? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Küçükdeveci. *Rivista di diritto internazionale*, 2010, vol. 93, p. 446.

LE FUR Louis, Le litige sur la compétence des tribunaux dantziçois entre la Pologne et la Ville Libre de Dantzig. *Revue général de droit international public*, 1928, vol. 35, p. 268-275.

LEGG Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law : Deference and Proportionality*. Oxford : Oxford University Press, 2012, p. 178.

LESAFFRE Hubert, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*. Paris: L.G.D.J, 2007, p. 285-300.

LIEBENBERG Sandra, The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal System. *Economic, Social and Cultural Rights* / ed. par Asbjørn EIDE, Catarina KRAUSE and Allan ROSAS. 2e éd. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nihoff Publishers, 2001, pag. 78.

LORUSSO Artemisia, The Court of Justice of the European Community and the effect of international agreements on the EC legal order: the case of the WTO. *The absence of direct effect of WTO in the EC and in other countries* / ed. par Claudio DORDI. Torino: Giappichelli, 2012, p. 24-27.

LUNA Erik J. ; SYLVESTER Douglas, Beyond Breard. *Berkeley Journal of International Law*, 1999, vol. 17, p. 180-182.

MAISON Rafaele, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*. Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 286-294.

MANDELSTAM Andé, La généralisation de la protection internationale des droits de l'homme. *Revue de droit international et de législation comparée*, 1930, vol. 11, p. 668-704.

MARCHESI Antonio, Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Law. *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6, p. 202-204.

MARCHESI Antonio, L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura. *Rivista di diritto internazionale*, 1999, vol. 82, p. 468-469.

MATSUSHITA Mitsuo; SCHOENBAUM Thomas J; MAVROIDIS Petros, *The World Trade Organisation: Law, Practice, and Policy*. 2e éd. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 186.

MAVROIDIS Petros, Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place. *European Journal of International Law*, 2002, vol. 11, p. 775-790.

MERIGNAHAC Alexandre, LEMONON Ernest. *Le droit des gens et la guerre de 1914-'18*. Paris : Recueil Sirey, 1921, tome II, p. 570-573.

MEROLA Massimo; CAPPELLETTI Luigi, The Obligation to Recover Unlawful Aid. *Journal of European Competition Law and Practice*, 2011, vol. 2, p. 468.

MILANOVIĆ Marko, State Responsibility for Genocide: A Follow-Up. *European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, p. 685-687.

MONACO Riccardo, GIALDINO CURTI Carlo, *Manuale di diritto internazionale pubblico*. 3e éd. Torino : Utet, 2009, p. 356.

MORELLI Gaetano, *Nozioni di diritto internazionale*. 7e éd. Padova : Cedam, 1967, p. 12-14.

MOSLER Hermann, L'application du droit international public par les tribunaux nationaux. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1957, vol. 91, tome I, p. 641-650.

MOWBRAY Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2004, p. 43-48 et 59-64.

NEBBIA Paolisa, Do the rules on state aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case. *European Law Review*, 2008, vol. 33, p. 432.

NOLLKAEMPER André, Concurrence Between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law. *International & Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, p. 632-638

NOLLKAEMPER André, *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 99-122.

NOLLKAEMPER André, The Direct Effect of Public International Law. *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* / ed. par Jolande M. PRINSSSEN & Annette SCHRAUWEN. Groningen: Europa Law Publishing, 2004, p. 159-160.

NOLLKAEMPER André, The Effect of the ECHR and Judgements of the ECtHR on National Law – Comment on the Paper of Enzo Cannizzaro. *Italian Yearbook of International Law*, 2009, vol. 19, p. 196.

Nota su Reclami pecuniarii degli ex-impiegati ferroviari di Danzica passati al servizio della Polonia. *Rivista di diritto internazionale*, 1929, vol. 8, p. 64.

NOUVEL Yves, Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC. *Annuaire français de droit international*, 2002, vol. 48, p. 659.

NOWAK Manfred, MCARTHUR Elizabeth, *The United Nations Convention Against Torture : a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 249.

O' CONNOR B., Remedies in the World Trade Organisation Dispute Settlement System – The Bananas and Hormones Cases. *Journal of World Trade*, 2004, vol. 38, p. 260.

PARLETT Kate, The PCIJ's Opinion in Jurisdiction of the Courts of Danzig. Individual Rights under Treaties. *Journal of the History of International Law*, 2008, vol. 10, p. 123-134.

PAUST Jordan J., Breard and Treaty-Based Rights under the Consular Convention. *American Journal of International Law*, 1998, vol. 92, p. 690-691.

PAUST Jordan J., Medellín, Avena, the Supremacy of Treaties, and Relevant Executive Authority. *Suffolk Transnational Law Review*, 2008, vol. 31, p. 306.

. *American Journal of International Law*, 1988, vol. 82, p. 760.

PAUWELYN Joost, *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2003, p. 222-230.

PAUWELYN Joost, Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules-Toward a More Collective. *American Journal of International Law*, 2000, vol. 94, p. 342-350.

PAUWELYN Joost, The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?' *American Journal of International Law*, 2001, vol. 95, p. 543.

PELLA Vespasien, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*. Bucarest : Imprimerie de l'Etat, 1926, p. 80-172.

PELLET Alain, Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire. *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1994, vol. 5, tome II, p. 248-260.

PESCATORE Pierre, Monisme, dualisme et « effet utile » dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne. *Une communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias* / ed. par Ninon COLNERIC [et alii]. Berlin : Berliner Wissenschafts-Verlag, p. 333.

PESCATORE Pierre, Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A View from Within. *The Past and Future of EU Law* / ed. par Miguel POIARES MADURO, Loic AZOULAÏ. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 7.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, Multi-Level Judicial Trade Governance without Justice? *The WTO: Governance, Dispute Settlement, and Developing Countries* / ed. par. Merit E.

JANOW, Victoria DONALDSON, Alan YANOVICH. Huntington: Juris Publishing, 2008, p. 975-980.

PICONE Paolo, Sul fondamento giuridico del Tribunale penale per la ex-Iugoslavia. *La Comunità Internazionale*, 1996, vol. 51, p. 8-16.

POLITIS Nicolas, *Les nouvelles tendances du droit international*. Paris : Librairie Hachette, 1927, pp. 55-93.

POLITIS Nicolas, Les transformations du droit international. *Revue de droit international*, 1927, vol. 1, p. 55-65

PRADIER-FODERE Paul L. E., *Cours de droit diplomatique à l'usage des agents politiques du Ministère des Affaires Etrangères des Etats européens et américaines*. 2^e éd. Paris: Pedone, 1899, tome II, p. 13.

QUIGLEY Conor, *European State Aid Law and Policy*. 2e éd. Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, p. 419-426.

QUIGLEY John, The Law of State Responsibility and the Right to Consular Access. *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, 2004, vol. 11, p. 47.

QUIGLEY John, Toward More Effective Judicial Implementation of Treaty-Based Rights. *Fordham International Law Journal*, 2006, vol. 29, p. 552-564,

ROBERTSON Arthur Henry, The United Nations Covenant on civil and political rights and the European Convention on human rights. *British Yearbook of International Law*, 1968-1969, vol. 43 p. 24-27.

ROSENNE Shabtai, State Responsibility and International Crimes : Further Reflections on Article 19 of the Draft Articles on State Responsibility. *New York University Journal of International Law and Politics*, 1997/1998, vol. 30, p. 158-162.

RUDA SANTOLARIA Juan José, The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice. *European Journal of International Law*, 1992, vol. 3, p. 100.

RUIZ FABRI Hélène, Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. *Journal du droit international*, 2000, p. 607-621.

SALERNO Francesco, *Diritto internazionale*. 2e éd. Padova : Cedam, 2011, p. 378-384.

SALMON Jean, Libres propos sur l'arrêt del la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique). *Revue belge de droit international*, 2002, vol. 35.

SCHABAS William, *Genocide in International Law*. 2e éd. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, p. 491-498.

SCHACTHER Oscar, The Obligations of the Parties to Give Effect to the Covenant on Civil and Political Rights. *American Journal of International Law*, 1979, vol. 73, p. 462-463.

SCHRIJVER Nico, Note. *Common Market Law Review*, 2012, vol. 47, p. 870-871

SCHWELB Egon, The nature of the obligations of the States parties to the International Covenant on Civil and Political Rights. *René Cassin Amicorum Disciplinorumque Liber I*. Paris: Pedone, 1969, p. 307.

SCIOTTI-LAM Claudia, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*. Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 349-505.

SEIBERT-FOHR Anja, Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights Pursuant to its article 2 para. 2. *Max Planck yearbook of United Nations Law*, 2001, vol. 5, p. 405-407, 434-437.

SEIBERT-FOHR Anja, State Responsibility for Genocide under the Genocide Convention. The *UN Genocide Convention: a commentary* / ed. par Paola GAETA. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 356-361.

SEPÚLVEDA Magdalena, *The Nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerpen : Intersentia, 2003, 477 p.

SHADIKHODJAEV Sherzod; PARK Nohyoung. Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System : A View from the Law of State Responsibility. *Journal of World Trade*, 2007, vol. 41 p. 1246-1255.

SHANK Adele; QUIGLEY John, Obligations to foreign nationals accused of crime in the United States: a failure of enforcement. *Criminal Law Forum*, 1999, vol. 9, p. 122.

SHAW Malcolm Nathan, The Yerodia case: remedies and judicial function. *Revue belge de droit international*, 2002, vol. 35, p. 559.

SICILIANOS Linos-Alexandre, La responsabilité de l'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux. *Droit international pénal* / ed. par Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET. Paris : Pedone, 2000, p. 118-123.

SIMMA Bruno; HOPPE Carsten, From LaGrand and Avena to Medellín – A Rocky Road Toward Implementation. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2005, vol. 14, p. 25.

SIMON Denys, SABENA is dead, Gabrielle Defrenne's case is still alive : the old lady's testament... *The Past and Future of EU Law* / ed. par Miguel POIARES MADURO, Loic AZOULAÏ. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 271.

SINCLAIR Ian, The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1980, vol. 167, tome II, p. 95-199.

SLAUGHTER Anne-Marie, Court to Court. *American Journal of International Law*, 1998, vol. 92, p. 708.

SLOSS David, Non-Self-Executing Treaties: Exposing a Constitutional Fallacy. *UC Davis Law Review*, 2002, vol. 36, p. 10-82.

SNYDER Francis, The Gatekeepers: the European Courts and WTO Law. *Common Market Law Review*, 2003, vol. 40, p. 320.

SØRENSEN Max, Obligations of a State Party to a Treaty as regards its municipal law. *Human rights in national and international law : the proceedings of the Second international conference on the European convention on human rights held in Vienna under the auspices of the Council of Europe and the University of Vienna, 18-20 October, 1965* / ed. par Arthur Henry ROBERTSON. Manchester: Manchester University Press, 1968, p. 20-21.

SPERDUTI Giuseppe, L'individu et le droit international. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1956, vol. 90, tome II, p. 766-787.

SPERDUTI Giuseppe, Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1976, vol. 153, tome V, p. 338-350.

SPIERMANN Ole, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: the Rise of the International Judiciary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 271-272.

SPIERMANN Ole, The Other Side of the Story : An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order. *European Journal of International Law*, 1999, vol. 10, p. 787.

SPINEDI Marina, L'attribuzione allo Stato dei comportamenti di gruppi armati da esso sostenuti nella sentenza della Corte internazionale di giustizia sul genocidio in Bosnia-Erzegovina. *Rivista di diritto internazionale*, 2007, vol. 90, p. 419-421.

SPIROPULOS Jean, Le fondement du Droit International. *Revue de droit international*, 1929, vol. 3, p. 98-130.

STEGE Debra, The WTO dispute settlement system : Jurisdiction, interpretation and remedies. *Agreeing and Implementing the Doha Round of the WTO* / ed. par Harald HOHMANN. Cambridge: Cambridge University Press, p. 304-305.

STRISOWER Leo, L'extraterritorialité et ses principales applications. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1923, vol. 1, tome I, p. 253.

SUCHARITKUL Sompong, Immunities of foreign States before national authorities. *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1976, vol. 149, tome I, p. 95.

SUMMERS Mark, The international Court of Justice's decision in Congo v. Belgium: how has it affected the development of a principle of universal jurisdiction that would obligate all States to prosecute war criminals? *Boston University International Law Journal*, 2003, vol. 21, p. 63.

TANCREDI Antonello, EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'?. *European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, p. 939-941.

TANCREDI Antonello, On the absence of direct effect of the WTO dispute settlement body's decisions in the EU legal order. *International Law as the Law of European Union* / ed. par Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses A. WESSEL. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011, p. 256-258.

TANZI Attila, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*. 3e éd. Padova : Cedam, 2010, p. 253-256.

TAXIL Bérandère, Les critères des applicabilités des traités internationaux aux Etats-Unis et en France. *Revue internationale de droit comparé*, 2007, vol. 59, p. 162-164.

TEOLDI Alberto, Unlawful State Aid : Protection by National Courts. *Competition and State Aid – An Analysis of the EC Practice* / ed. par Alberto SANTA MARIA. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2007, p. 266-273.

TIGROUDJA Hélène, Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux. *Revue française de droit administratif*, 2003, vol. 19, p. 159-165.

TOMUSCHAT Christian, *Human Rights: Between Idealism and Realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 39-41.

TOMUSCHAT Christian, Individuals. *The Law of International Responsibility* / ed. par James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 989-990.

TOMUSCHAT Christian, National Implementation of International Standards on Human Rights. *Canadian Human Rights Yearbook*, 1984-1985, p. 44.

TREVES Tullio, *Diritto internazionale: problemi fondamentali*. Milano : Giuffrè, 2005, p. 698-710.

TRIEPEL Heinrich, Le rapports entre le droit interne et le droit international', *Recueil des cours : Académie de droit international de La Haye*, 1923, vol. 1, tome I, p. 84.

TULKENS Françoise, Commentaire. *La preuve devant les juridictions internationales* / ed. par Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL. Paris: Pedone : 2007, p. 147.

VAN HOOFF G. J. H., The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views. *Right to Food* / ed. par Philip ALSTON, Katarina TOMAŠEVSKI. Netherlands Institute of Human Rights: 1984, p. 101-102.

VANDENBOGAERDE Arne, VANDENHOLE Wouter, The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process. *Human Rights Law Review*, 2010, vol. 10, p. 223-226

VAZQUEZ Carlos M., Night and Day: Coeur d'Alene, Breard, and the Unraveling of the Prospective-Retrospective Distinction in Eleventh Amendment Doctrine. *Georgetown Law Journal*, 1998, vol. 87, p. 67-70.

VAZQUEZ Carlos M., The Four Doctrines of Self-Executing Treaties. *American Journal of International Law*, 1995, vol. 89, p. 695.

VAZQUEZ Carlos M., Treaties as the Law of the Land: the Supremacy Clause and the judicial enforcement of treaties. *Harvard Law Review*, 2008, vol. 122, p. 644-646.

VAZQUEZ Carlos M., Treaty-Based Rights and Remedies of Individuals. *Columbia Law Review*, 1992, vol. 92, p. 1082

VERDROSS Alfred, Status of the European Convention in the hierarchy of rules of law. *Human rights in national and international law : the proceedings of the Second international conference on the European convention on human rights held in Vienna under the auspices of the Council of Europe and the University of Vienna, 18-20 October, 1965* / ed. par Arthur Henry ROBERTSON. Manchester: Manchester University Press, 1968, p. 54-56.

VERHOEVEN Joe, La notion d'applicabilité directe du droit international. *Revue belge de droit international*, 1980, vol. 40, p. 249-264.

VERHOEVEN Joe, Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000. *Revue belge de droit international*, 2002, vol. 35, p. 531.

VIERDAG E. W., The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, vol. 9, p. 83-94.

VIGANO' Francesco, L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. *Studi in onore di Mario Romano*. Napoli: Jovene, 2011, vol. IV, p. 2657-2659.

VILLIER HOTMAN Jean de, *L'ambassadeur* [Source : Bibliothèque nationale de France, département Droit, économie, politique]. 1603, p. 76-78.

VON BOGDANDY Armin, Note. *Common Market Law Review*, 1999, vol. 36, p. 669-670.

WAELBROECK Michel, Effect of GATT within the Legal Order of the EEC. *Journal of World Trade Law*, 1974, vol. 8, p. 618.

WAHL Nils, Europeanisation Beyond Supremacy. *The Europeanisation of International Law* / ed. par Jan WOUTERS, André NOALLKAEMPER, Erika DE WET. The Hague : Asser Press, 2008, p. 22-23.

WESTLAKE John, *Chapters on the principles of international law*, Cambridge : Cambridge: University Press, 1894, p. 2-3, 78.

WHITE Robin C.A; OVEY Clare, *The European Convention on Human Rights*. 5e éd. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.141.

WOLFRUM Rüdiger, Obligation of Result Versus Obligation of Conduct. *Looking to the Future : Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* / ed. par Mahnoush ARSANJANI [et al.]. Leiden / Boston : Martinus Nijhoff, 2011, p. 373-376.

WOUTERS Jan; COPPENS Dominic, An Overview of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures – Including a Discussion of the Agreement on Agriculture. *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade* / ed. par Kyle W. BAGWELL, George A. BERMANN, Petros C. MAVROIDIS. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 57.

YOO John C., Treaties and Public Lawmaking: a Textual and Structural Defence of Non-Self-Execution. *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99, p. 2218.

ZIMMERMANN Andreas, The Obligation to Prevent Genocide : Towards a General Responsibility to Protect? *From Bilateralism to Community Interest : Essays in Honour of Judge Bruno Simma* / ed. par Ulrich FASTENRATH [et alii]. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 633-634.

ZIMMERMANN Andreas; TEICHMANN Michael, State responsibility for international crimes. *System Criminality in International Law* / ed. par André NOLLKAEMPER, Harmen VAN DER WILT. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 304.

2) Documents

a) Nations Unies.

a.1) Commission du droit International.

AGO Roberto, Premier rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II (1), p. 233-234

AGO Roberto, Deuxième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, p. 201-207.

AGO Roberto Troisième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II(1), p. 227.

AGO Roberto, Quatrième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, pp. 109-134.

AGO Roberto, Sixième rapport sur la responsabilité des États. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. II (1), p. 9-22.

AGO Roberto, Septième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II (1), p. 38.

ARANGIO-RUIZ Gaetano, Rapport préliminaire sur la responsabilité des États, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1988, vol. II (1), points 40-80.

CRAWFORD James, Third report on State responsibility, U.N. Doc. A/CN.4/507/Add.1, point 131

GALICKI Zdzislaw, Troisième rapport sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)', U.N. Doc. A/CN.4/603 (2008), par. 42 et pp. 21-22.

GALICKI Zdzislaw, Quatrième rapport sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), U.N. Doc. A/CN.4/648 (2011), p. 26.

SPIROPOULOS Jean, Report for draft code of offences against the peace and security of mankind, *Annuaire de la Commission de droit international*, 1950, vol. II, 260-277.

THIAM Doudou, Fifth report on the draft code of offences against the Peace and Security of Mankind, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1987, vol. II(1), pp. 2-3.

Jurisdictional Immunities of States and their property. *Yearbook of International Law Commission*, 1982, vol. II (Part two), p. 101

Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürenberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries. *Yearbook of International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 375

Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite. *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), pp. 103-104

Rapport de la Commission de droit international, *Documents officiels de l'Assemblée Générale*, (66^{ème} session), Supplement No. 10 (A/66/10), p. 291-293

Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, *Yearbook of International Law Commission*, 1996, vol. II(2), p. 17-18

Survey of multilateral conventions which may be of relevance for the work of the International Law Commission on the topic 'The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)', U.N. Doc. A/CN.4/630, parr. 126-130.

1454e séance de la Commission de droit international, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. I, p. 220

1455e séance de la Commission de droit international, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. I, p. 223

1996th meeting: summary record, *Yearbook of International Law Commission*, 1987, vol. I, pp. 29-30.

2000th meeting: summary record, *Yearbook of International Law Commission*, 1987, vol. I, p. 52

286th meeting : summary record, *Yearbook of International Law Commission*, 1954, vol. I, p. 139

a.2) Cour Internationale de Justice

Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 10 septembre 2001, C.I.J. Recueil 2001,

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, Opinion séparé de M. Lauterpacht

Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2004

Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), Memorial of Mexico

Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique), Memorial of the Republic of Paraguay

Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique), Compte rendu de l'audience publique tenue le mardi 7 avril 1998, CR98/7, Demande en indication de mesures conservatoires

Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2009,

Immunité juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant), arrêt, 2012

LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C. I. J. Recueil 2001

LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), Compte rendu de l'audience publique tenue le mardi 13 novembre 2000 (CR2000/26)

LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), Memorial of the Federal Republic of Germany,

LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), Opinion dissidente de M. Oda.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996.

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002.

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), Audience publique tenue le mardi 16 octobre 2001 : Compte Rendu (CR 2001/6).

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) Contre-Mémoire du Royaume de la Belgique.

Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980.

Questions concernant l'obligation de poursuivre ou extradier (Belgique c. Sénégal), arrêt, 2012 non publié.

Réserves à la Convention sur le Génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951

a.3) Comité contre la torture

Rapport du Comité contre la torture (33ème - 34ème session), *Documents officiels de Assemblée générale* (60ème session), Supplément no. 44 (A/60/44).

Communication no 171/2000: *M. Jovica Dimitrov c. Serbie-et-Monténégro*, p. 120 point 7.1

Rapport du Comité contre la torture (35ème-36ème sessions), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 44 (A/61/44).

Communication no. 172/2000 *Danilo Dimitrijevic c. Serbie-et-Monténégro*, p. 168, points 7.4,

Rapport du Comité contre la torture (39ème - 40ème session), *Documents officiels de Assemblée générale* (63ème session), Supplément no. 44 (A/63/44).

Communication no 269/2005 : *Ali Ben Salem c. Tunisie*, p. 215 point 16.4

Rapport du Comité contre la torture (41ème - 42ème session), *Documents officiels de Assemblée générale* (64ème session), Supplément no. 44 (A/64/44),

Communication no 257/2004: *Kostadin Nikolov Keremedchiev c. Bulgarie*, p. 272 point 9.3.

Communication no 291/2006: *Saadia Ali c. Tunisie*, op. cit., p. 313, point 15.7.

Rapport du Comité contre la torture (45ème - 46ème session), *Documents officiels de Assemblée générale* (66ème session), Supplément no. 44 (A/66/44).

Communication no 341/2008: *Hanafi c. Algérie*, p. 398, point 9.6.

Rapport du Comité contre la torture (47ème - 48ème session), *Documents officiels de Assemblée générale* (67ème session), Supplément no. 44 (A/67/44),.

Communication no 433/2010: *Gerasimov c. Kazakhstan*, p. 530 point 12.2

Communication no 453/2011: *Gallastegi Sodupe c. Espagne*, p. 565, point 7.3.

Communication n. 433/2010 : *Abdussamatov et al. v. Kazakhstan*, p. 531, point 12.8.

a.4) Comité du PIDESC

Committee on economic, social and cultural rights, Report on the 5th session, *Economic and Social Council Official Records*, Supplement n. 3, U.N. Doc. E/1991/23

Committee on economic, social and cultural rights, Report on the 7th session, *Economic and Social Council Official Records*, Supplement n. 2, U.N. Doc. E/1993/22.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 10ème et 11ème sessions, *Economic and Social Council Official Records* Supplement n. 2, U.N. Doc. E/1996/22.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 18ème et 19ème sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2, U.N. Doc. E/1999/22.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 25ème, 26ème, 27ème sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2, U.N. Doc. E/2002/22.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 28ème et 29ème sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2, U.N. Doc. E/2003/22.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 32ème et 33ème sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2, U.N. Doc. E/2005/22.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 34^{ème} et 35^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2, U.N. Doc. E/2006/22.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 36^{ème} et 37^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2, U.N. Doc. E/2007/22.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 38^{ème} et 39^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2 U.N. Doc. E/2008/22.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport sur les 42^{ème} et 43^{ème} sessions, *Documents Officiels du Conseil économique et social*, Supplément n. 2, U.N. Doc. E/2010/22.

a.5) Comité des droits de l'homme

Rapport du Comité des droits de l'homme, Observation générale no 31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte', *Documents officiels de l'Assemblée générale* (59^{ème} session), Supplément no 40 (A/59/40), vol. I, p. 194.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Observation générale no 20 (1992) concernant l'article 7, *Documents officiels de l'Assemblée générale* (47^{ème} session), Supplément no 40 (A/47/40), annexe VII, par. 13-15.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Opinion individuelle (concordante) de M. Fabián Salvioli, rejoint par M. Cornelis Flinterman relativement à la 'Communication no 1781/2008 : *Berzig c. Algérie* (31 octobre 2011), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (67^{ème} session), Supplément n. 40 (A/67/40), Vol. II, p. 107-110

Rapport du Comité des droits de l'homme, Opinion individuelle partiellement dissidente de M. Fabián Omar Salvioli relativement à la 'Communication no 1406/2005 : *Weerawansa c. Sri Lanka* (17 mars 2009), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (64^{ème} session), Supplément n. 40 (A/64/40), Vol. II, p. 190-191.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 268/1987 : *M. G. B. et S. P. c. Trinité-et-Tobago* (3 novembre 1989), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (45^{ème} session), Supplément n. 40 (A/45/40) Vol. II, p. 178, point 6.2;

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 275/1988 : *S. E. c. Argentine* (26 mars 1990), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (45ème session), Supplément n. 40 (A/45/40) Vol. II, p. 181, point 5.1 et suiv.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 321/1988 : *Maurice Thomas c. Jamaïque* (19 octobre 1993), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (49ème session), Supplément n. 40 (A/49/40) Vol. II, p. LIV, point 10;

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 322/1988 : *Hugo Rodríguez c. Uruguay* (19 juillet 1994), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (49ème session), Supplément n. 40 (A/49/40) Vol. II, p. XXI, point 12.4

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 333/1988 : *Lenford Hamilton c. Jamaïque* (23 mars 1994)', *Documents officiels de l'Assemblée générale* (49ème session), Supplément n. 40 (A/49/40) Vol. II, p. XIII, point 11.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 347/1988 : *S. G. c. France*, *Documents officiels de l'Assemblée générale* (47ème session), Supplément n. 40 (A/47/40), p. 345, point 5.4.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 355/1989, *George Winston Reid c. Jamaïque* (8 juillet 1994), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (49ème session), Supplément n. 40 (A/49/40) Vol. II, p. LXXVIII, point 16

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 363/1989 : *R. L. M. c. France*', *Documents officiels de l'Assemblée générale* (47ème session), Supplément n. 40 (A/47/40), p. 368, point 5.5

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 386/1989, *Famara Koné c. Sénégal* (21 octobre 1994), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (50ème session), Supplément n. 40 (A/50/40) Vol. II, p. 9 point 9.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 390/1990 : *Bernard Lubuto c. Zambie* (31 octobre 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (51ème session), Supplément n. 40 (A/51/40) Vol. II, p. 16 point 9

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 400/1990, *Darwinia R. Mónaco de Gallichio c. Argentine* (3 avril 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (50ème session), Supplément n. 40 (A/50/40) Vol. II, p. 16 point 11.2.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 440/1990, *Mohammed Bashir El-Megreisi c. Jamahiriya arabe libyenne* (23 mars 1994), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (49ème session), Supplément n. 40 (A/49/40) Vol. II, p. CXLVIII, point 7.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 488/1992 : *Nicholas Toonen c. Australie* (31 mars 1994), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (49ème session), Supplément n. 40 (A/49/40) Vol. II, p. 250 et suiv.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 505/1992 : *Kéténguéré Ackla c. Togo* (25 mars 1996), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (51ème session), Supplément n. 40 (A/51/40), Vol. II, p. 63 point 12.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 514/1992 : *Sandra Fei c. Colombie* (4 avril 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (50ème session), Supplément n. 40 (A/50/40) Vol. II, p. 93 point 10.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 516/1992, *Alina Simunek et consorts c. République tchèque* (19 juillet 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (50ème session), Supplément n. 40 (A/50/40) Vol. II, p. 102 point 12.2.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 563/1993 : *Nydia Bautista de Arellana c. Colombie* (27 octobre 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (51ème session), Supplément n. 40 (A/51/40) Vol. II, p. 147, point 8.2.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 569/1993 : *P. Matthews c. Trinité-et-Tobago* (31 mars 1998), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (53ème session), Supplément n. 40 (A/53/40) Vol. II, p. 37 point 9.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 577/1994 : *R. Espinoza de Polay c. Pérou* (6 novembre 1997), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (53ème session), Supplément n. 40 (A/53/40) Vol. II p. 45 point 10.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 586/1994 : *Joseph Frank Adam c. République tchèque* (23 juillet 1996), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (51ème session), Supplément n. 40 (A/51/40) Vol. II, p. 180 point 13.2.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 606/1994 : *Clement Francis c. Jamaïque* (25 juillet 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (50ème session), Supplément n. 40 (A/50/40) Vol. II, p. 149 point 11.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 612/1995 : *Arhuacos c. Colombie* (29 juillet 1997), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (52ème session), Supplément n. 40 (A/52/40) Vol. II, p. 202 point 8.2. Par

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 680/1996 : *Gallimore c. Jamaïque* (23 juillet 1999), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (54ème session), Supplément n. 40 (A/54/40), Vol. II, p. 204 point 9.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 699/1996 : *Maleki c. Italie* (15 juillet 1999), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (54ème session), Supplément n. 40 (A/54/40) Vol. II, p. 211 point 11.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 701/1996 : *Gomez c. Espagne* (20 juillet 2000), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (55ème session), Supplément n. 40 (A/55/40), Vol. II, p. 117 point 13

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 747/1997, *Des Fours Walderode c. République tchèque* (30 octobre 2001), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (57ème session), Supplément n. 40 (A/57/40), Vol. II, p. 85 point 9.2.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 775/1997 : *Brown c. Jamaïque* (23 mars 1999), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (54ème session), Supplément n. 40 (A/54/40), Vol. II, p. 303 point 8

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 778/1997, *Coronel et consorts c. Colombie* (25 octobre 2002), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (58ème session), Supplément n. 40 (A/58/40), Vol. II, p. 39 point 10

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 793/1998, *Pryce c. Jamaïque* (15 mars 2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (59ème session), Supplément n. 40 (A/59/40), Vol. II, p. 15 point 8.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 806/1998 : *Thompson c. Saint-Vincent-et-les Grenadines* (18 octobre 2000), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (56ème session), Supplément n. 40 (A/56/40), Vol. II, p. 88 point 10

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 838/1998, *Hendricks c. Guyana* (28 octobre 2002), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (58ème session), Supplément n. 40 (A/58/40), Vol. II, p. 105 point 8

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 913/2000, *Chan c. Guyana* (31 octobre 2005), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 40 (A/61/40), Vol. II, p. 27 point 8

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 926/2000, *Shin c. République de Corée* (16 mars 2004), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (59ème session), Supplément n. 40 (A/59/40), Vol. II, p. 128 et 132 points, 2.2 et 9.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 933/2000, *Adrien Mundy Busyo, Thomas Osthudi Wongodi, René Sibu Matubuka et consorts c. République démocratique du Congo* (31 juillet 2003), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (58ème session), Supplément n. 40 (A/58/40), Vol. II, p. 216 point 6.2.

Rapport du Comité des droit des l'homme, Communication no 992/2001, *Bousroual c. Algérie* (30 mars 2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 40 (A/61/40), Vol. II, p. 66 point 9.12.

Rapport du Comité de droits de l'homme, Communication no 1325/2004 : *Conde c. Espagne* (31 octobre 2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (62ème session), Supplément n. 40 (A/62/40), Vol. II, p. 196 point 9.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1436/2005, *Sathasivam et consorts c. Sri Lanka* (8 juillet 2008), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (63ème session), Supplément n. 40 (A/63/40) Vol. II, p. 196, point. 6.4 ;

Rapport du Comités des droits de l'homme, Communication no 459/1991 : *Osbourne Wright et Eric Harvey c. Jamaïque* (27 octobre 1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (51ème session), Supplément n. 40 (A/51/40) Vol. II, p. 43 point 12.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communications no 839/1998, 840/1998 et 841/1998, *Mansaraj et consorts c. Sierra Leone, Gborie et consorts c. Sierra Leone, Sesay et consorts c. Sierra Leone* (16 juillet 2001), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (56ème session), Supplément n. 40 (A/56/40), Vol. II, p. 147 point 6.3

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1123/2002, *Correia de Matos c. Portugal* (28 mars 2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 40 (A/61/40), Vol. II, p. 185 point 8.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1157/2003, *Coleman c. Australie* (17 juillet 2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 40 (A/61/40), Vol. II, p. 255 point 9;

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1163/2003, *Isaev et Karimov c. Ouzbékistan* (20 mars 2009), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (64ème session), Supplément. N. 40 (A/64/40), Vol. II, p. 17, point 11.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1180/2003, *Bodrožić c. Serbie-et-Monténégro* (31 octobre 2005), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 40 (A/61/40), p. 296 point 9.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1295/2004, *Mohammed El Alwani, Ibrahim c. Jamahiriya arabe libyenne* (11 juillet 2007), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (62ème session), Supplément n. 40 (A/62/40), Vol. II, p. 153 point 8.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1310/2004, *Babkin c. Fédération de Russie* (3 avril 2008), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (63ème session), Supplément n. 40 (A/63/40), Vol. II, p. 92 point 15

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1327/2004, *Grioua c. Algérie* (10 juillet 2007), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (62ème session), Supplément n. 40 (A/62/40), Vol. II, p. 205 point 9.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1406/2005 : *Weerawansa c. Sri Lanka* (17 mars 2009), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (64ème session), Supplément n. 40 (A/64/40), Vol. II, p. 187 point 7.2 et p. 188 point 9

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1422/2005, *El Hassy c. Jamahiriya arabe libyenne* (24 octobre 2007), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (63ème session), Supplément n. 40 (A/63/40) Vol. II, points 6.9-9, p. 168-169.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1426/2005, *Dingiri Banda c. Sri Lanka*, *Documents officiels de l'Assemblée générale* (63ème session), Supplément n. 40 (A/63/40) Vol. II, points 7,4-9, p. 187.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1463/2006 : *Gratzinger c. République tchèque* (25 octobre 2007), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (63ème session), Supplément n. 40 (A/63/40), Vol. II, p. 256 point 9

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1486/2006, *Kalamiotis c. Grèce* (24 juillet 2008), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (63ème session), Supplément n. 40 (A/63/40) Vol. II, p. 325-326, points 7.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1755/2008, *El Hagog Jumaa c. Libye* (19 mars 2012), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (67ème session), Supplément n. 40 (A/67/40) Vol. II, p. 64, par. 8.5.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1755/2008, *El Hagog Jumaa c. Libye* (19 mars 2012), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (67ème session), Supplément n. 40 (A/67/40), Vol. II, p. 65 point 10.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1759/2008, *Traoré c. Côte d'Ivoire* (31 octobre 2011), p. 79. point 7.6,

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no 1772/2008 : *Belyazeka c. Bélarus* (23 mars 2012), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (67ème session), Supplément n. 40 (A/67/40), Vol. II, p. 90 point 13.

Rapport du Comité des droits de l'homme, Communication no. 1196/2003 *Boucherf c. Algérie* (30 mars 2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale* (61ème session), Supplément n. 40 (A/61/40) Vol. II, p. 324, point 11.

a.6) Conseil économique et social

Conseil Economique et Social, *Compte rendu de la 138^{ème} séance* - *Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme*, U.N. Doc. E/CN.4/SR.

Conseil Economique et Social, *Draft first International covenant on human rights and measures of implementation: economic, social and cultural rights*, U.N. Doc. E/CN.4/529

Conseil Economique et Social, *Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme*, U.N. Doc. E/CN.4/374

Conseil Economique et Social, *Projet des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre – Mémoire du Secrétaire Général*, U.N. Doc. E/CN.4/673

Conseil Economique et Social, *Rapport au Conseil économique et social sur la 8^{ème} session de la Commission, tenue à New-York, du 14 avril au 14 juin 1952*, U.N. Doc. E/CN.4/669

Conseil Economique et Social, *Rapport de l'Expert indépendant sur la question d'un projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, U.N. Doc. E/CN.4/2002/57,

Conseil Economique et Social, *Rapport de M. Hatem Kotrane, expert indépendant chargé d'examiner la question d'un projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, U.N. Doc. E/CN.4/2003/53.

Conseil Economique et Social, *Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23

a.7) Assemblée générale.

Commentaire du texte des projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée Générale* (10^{ème} session), U.N. Doc. A/2929

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 63^{ème} Séance, Summary records of meeting, U.N. doc. A/C.6/SR. 63, p. 8

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 64^{ème} Séance, Summary records of meeting, U.N. doc. A/C.6/SR. 64, p. 18

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 74^{ème} Séance, Summary records of meeting (A/C.6/SR. 74), pp. 106-107.

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 78ème Séance, Summary records of meeting (A/C.6/SR. 78), p. 146.

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 79ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 79, p. 160-161

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 80ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 80, p. 169

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 92ème Séance, Summary records of meeting U.N. Doc. A/C.6/SR. 92, p. 302-304

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 95ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR.95, p. 344

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 96ème Séance, Summary records of meeting U.N. Doc. A/C.6/SR.96, p. 355.

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 98ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 98, p. 381

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 103ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 103, p. 431

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 104ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 104, p. 447

Sixième Commission de l'Assemblée Générale, 130ème Séance, Summary records of meeting, U.N. Doc. A/C.6/SR. 130, p. 684

UN General Assembly, UK : *Further amendments to the Draft Convention*, U.N. Doc. A/C.6/236, p. 1.

UN General Assembly, *Amendement commun à l'article X du projet de Convention (E/794)*, U.N. Doc. A/C.6/258.

Assemblée Générale des Nations Unies, *Union des Républiques socialistes soviétiques : Amendements au projet de Convention sur le génocide*, U.N. Doc. A/C.6/215/Rev.1, p. 2

Assemblée Générale des Nations Unies, *Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare) »* U.N. Doc. A/CN.4/630, par. 126-130

b) Cour européenne des droits de l'homme

A. c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998, §22-24, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI

A.D.T. c. Royaume-Uni, no 35765/97, § 38, CEDH 2000-IX

Abdülsamet Yaman v. Turkey, no. 32446/96, § 55, 2 November 2004.

Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique (fond), 23 juillet 1968, § 3-4, série A no 6, p. 28.

Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, § 98, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI.

Altuğ Taner Akçam c. Turquie, no 27520/07, § 43-44, 51, 67-69, 92-96, 25 octobre 2011.

Antonio Indelicato c. Italie, no 34442/97, § 37, 6 novembre 2003.

Axel Springer AG c. Allemagne [GC], no 39954/08, § 78-95, 7 février 2012

Ay c. Turquie, no 30951/96, § 55, 22 mars 2005

Baltaji c. Bulgarie, no 12919/04, § 44-47, 12 juillet 2011.

Barthold c. Allemagne, 25 mars 1985, § 58, série A no 90

Bergens Tidende et autres c. Norvège, no 26132/95, § 57-59, CEDH 2000-IV.

Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège [GC], no 21980/93, § 67-73, CEDH 1999-III.

Boyle and Rice v. the United Kingdom, 27 April 1988, § 52, 55, Series A no. 131.

Bozhko c. Bulgarie, no 3316/04, § 50, 19 avril 2011;

Çakıcı c. Turquie [GC], no 23657/94, § 113, CEDH 1999-IV.

Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 25 février 1982, § 41, série A no 48

Castells c. Espagne, 23 avril 1992, § 47-50, série A no 236

Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie [GC], no 38433/09, § 144-148, CEDH 2012.

Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, § 152, Recueil des arrêts et décisions 1996-V

Chypre c. Turquie [GC], no 25781/94, § 277-278, CEDH 2001-IV.

Conceição Leiria c. Portugal, no 4049/08, § 41, 12 avril 2011

Cornelia Popa c. Roumanie, no 17437/03, § 33,38, 29 mars 2011

Council of Europe. Committee of Ministers, Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights : 3rd annual report 2009 (Council of Europe: 2010), p. 177.

Cumpănă et Mazăre c. Roumanie [GC], no 33348/96, § 117, CEDH 2004-XI.

De Haes et Gijssels c. Belgique, 24 février 1997, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I.

De Lesquen du Plessis-Casso c. France, no 54216/09, § 47-49, 12 avril 2012.

Diallo c. République tchèque, no 20493/07, § 55, 23 juin 2011.

Dimitras et autres c. Grèce, nos 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07 et 6099/08, § 68, 3 juin 2010.

Dorđević c. Croatie, no 41526/10, § 137-150, CEDH 2012;

Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, § 40, 71, série A no 45

E. et autres c. Royaume-Uni, no 33218/96, §97-101, 26 novembre 2002

Erdoğdu et İnce c. Turquie [GC], nos 25067/94 et 25068/94, § 51-52, 13 et 19, CEDH 1999-IV.

Faruk Temel c. Turquie, no 16853/05, § 21, 61, 64, 1er février 2011.

Fatih Taş c. Turquie, no 36635/08, § 41, 5 avril 2011

Filip c. Roumanie, no 41124/02, § 47, 14 décembre 2006

Finger v. Bulgarie, no. 37346/05, § 83, 10 May 2011

Folgerø et autres c. Norvège [GC], no 15472/02, § 102, CEDH 2007-III.

Gäfgen c. Allemagne [GC], no 22978/05, § 117, CEDH 2010.

Gerger c. Turquie [GC], no 24919/94, § 19, 50-52, 8 juillet 1999.

Gisayev v. Russie, no. 14811/04, § 137, 122-146, 20 January 2011

Goering c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989, série A no 161, § 88.

Grigoriades c. Grèce, 25 novembre 1997, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII

Gurgurov c. Moldova, no 7045/08, § 65, 16 juin 2009.

H.L.R. c. France, 29 avril 1997, § 40, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III ;

Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, § 49, série A no 24

Hassan et Eylem Zengin c. Turquie, no 1448/04, § 76, 9 octobre 2007

Hertel c. Suisse, 25 août 1998, § 48-50, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI.

Hirsi Jamaa et autres c. Italie [GC], no 27765/09, § 123-138, CEDH 2012

I.G. c. Moldova, no 53519/07, §43-45, 15 mai 2012

İlhan c. Turquie [GC], no 22277/93, § 92, CEDH 2000-VII.

Incal c. Turquie, 9 juin 1998, § 50, 57, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV.

İrfan Temel et autres c. Turquie, no 36458/02, § 46, 3 mars 2009

Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, § 239, Series A no. 25.

Jabari c. Turquie, no 40035/98, § 39, CEDH 2000-VIII.

Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, § 31, série A no 298

John Anthony Mizzi c. Malte, no 17320/10, § 35-37, 22 novembre 2011.

Kaperzyński c. Pologne, no 43206/07, § 72, 3 avril 2012.

Karataş c. Turquie [GC], no 23168/94, § 52, CEDH 1999-IV.

Khadissov et Tsetchoïev c. Russie, no 21519/02, § 118, 5 février 2009.

Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, § 53, série A no 23.

Klass and Others v. Germany, 6 September 1978, § 62-65, Series A no. 28;

Konstas v. Greece, no. 53466/07, § 55, 24 May 2011.

Kudła v. Poland [GC], no. 30210/96, § 152, ECHR 2000-XI.

Kyprianou c. Chypre [GC], no 73797/01, § 180-183, CEDH 2005-XIII.

Labita c. Italie [GC], no 26772/95, § 133, CEDH 2000-IV;

Leander v. Sweden, 26 March 1987, § 77;

Lewandowska-Malec c. Pologne, no 39660/07, § 62, 67, 18 septembre 2012.

Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, § 39-47, série A no 103.

Lukenda v. Slovenia, no. 23032/02, § 41, ECHR 2005-X

M.C. c. Bulgarie, no 39272/98, § 148-153, 185-187, CEDH 2003-XII

M.S.S. v. Belgium and Greece [GC], no. 30696/09, § 289, 21 January 2011

Macovei et autres c. Roumanie, no 5048/02, § 6, 56, 21 juin 2007

Mahmut Kaya c. Turquie, no 22535/93, § 124-126, CEDH 2000-III

Martin et autres c. France, no 30002/08, § 88, 12 avril 2012

Menteş et autres c. Turquie, 28 novembre 1997, § 89, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII.

Modinos c. Chypre, 22 avril 1993, § 23, série A no 259.

Mürsel Eren c. Turquie, no 60856/00, § 50-52, CEDH 2006-II

Nada c. Suisse [GC], no 10593/08, § 210, CEDH 2012.

Norris c. Irlande, 26 octobre 1988, § 33, série A no 142

Oberschlick c. Autriche (no 1), 23 mai 1991, § 63-64, série A no 204;

Observer et Guardian c. Royaume-Uni, 26 novembre 1991, § 35-36, série A no 216

Okçuoğlu c. Turquie [GC], no 24246/94, § 46-48, 8 juillet 1999

Okkali v. Turkey, no. 52067/99, § 65-66, 78, ECHR 2006-XII.

Opuz c. Turquie, no 33401/02, § 169-170, CEDH 2009.

Pădureţ v. Moldova, no. 33134/03, § 72-74, 5 January 2010

Pantea c. Roumanie no 33343/96, § 215, CEDH 2003-VI.

Pinto Coelho c. Portugal, no 28439/08, § 36-37, 28 juin 2011

Reinboth et autres c. Finlande, no 30865/08, § 90, 25 janvier 2011.

Ressiot et autres c. France, no 15054/07 et 15066/07, § 125, 28 juin 2012

Saadi v. Italy [GC], no. 37201/06, § 125-127, ECHR 2008

Salah Sheekh c. Pays-Bas, no 1948/04, § 140, 146-147, 11 janvier 2007 ;

Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas [GC], no 38224/03, § 30-34, 93, 100, 14 septembre 2010.

Schwabe c. Autriche, 28 août 1992, § 34, série A no 242-B.

Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse, no 34124/06, § 45, 62, 65, 21 juin 2012.

Șerban c. Roumanie, no 11014/05, § 73, 10 janvier 2012.

Silver and Others v. the United Kingdom, 25 March 1983, § 113, Series A no. 61

Siryk c. Ukraine, no 6428/07, § 19, 46, 31 mars 2011

Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, § 122, série A no 161.

Sosinowska c. Pologne, no 10247/09, § 81-84, 18 octobre 2011.

Sunday Times c. Royaume-Uni (no 1), 26 avril 1979, § 65, série A no 30,

T.I. c. Royaume-Uni (déc.), no 43844/98, p. 17, CEDH 2000-III.

Tanrikulu c. Turquie [GC], no 23763/94, § 117, CEDH 1999-IV.

Timichev c. Russie, nos 55762/00 et 55974/00, § 66, CEDH 2005-XII.

Tomasi c. France, 27 août 1992, § 110, série A no 241-A.

Vellutini et Michel c. France, no 32820/09, § 39-41, 6 octobre 2011

Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (no 2) [GC], no 32772/02, § 90, 98, CEDH 2009.

Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche, 19 décembre 1994, § 53, série A no 302

Virabyan c. Arménie, no 40094/05, § 152-154, 2 octobre 2012.

Vogt c. Allemagne, 26 septembre 1995, § 60, série A no 323

Weber c. Suisse, 22 mai 1990, § 47, série A no 177

Wizerkaniuk c. Pologne, no 18990/05, § 16-19, 29, 84, 5 juillet 2011

Z et autres c. Royaume-Uni [GC], no 29392/95, §70-75, CEDH 2001-V.

Zontul c. Grèce, no 12294/07, § 106-107, 17 janvier 2012.

c) Organe de résolution des différends de l'OMC

c.1) Groupes spéciaux

Panel Report, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and Import of Finished Leather*, WT/DS155/R and Corr.1, adopted 16 February 2001, DSR 2001:V, 1779, para. 11.20 et suiv.

Panel Report, *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States*, WT/DS126/RW and Corr.1, adopted 11 February 2000, DSR 2000:III, 1189, par. 6.20.

Panel Report, *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/R, adopted 20 August 1999, as modified by Appellate Body Report WT/DS46/AB/R, DSR 1999:III, 1221, par. 8.4

Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, adopted 19 June 2000, as modified by Appellate Body Report WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, DSR 2000:VII, 3043, par. 11.5.

Panel Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R, adopted 20 August 1999, upheld by Appellate Body Report WT/DS70/AB/R, DSR 1999:IV, 1443, par. 10.3

Panel Report, *Dominican Republic – Safeguard Measures on Imports of Polypropylene Bags and Tubular Fabric*, WT/DS418/R, adopted 31st January 2012, par. 8.3; Panel Report, *United States – Anti-Dumping Measures on Certain Shrimp from Viet Nam*, WT/DS404/R, adopted 2 September 2011, par. 8.3.

Panel Report, *European Communities – Anti Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil*, WT/DS219/R, adopted 18 August 2003, as modified by Appellate Body Report WT/DS219/AB/R, DSR 2003:VII, 2701, para. 8.9 et sui

Panel Report, *European Communities – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*, WT/DS397/R and Corr.1, adopted 28 July 2011, as modified by Appellate Body Report WT/DS397/AB/R, par. 8.5 et suiv

Panel Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador*, WT/DS27/RW/ECU, adopted 6 May 1999, DSR 1999:II, 803, par. 6.105

Panel Report, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R, adopted 1 June 2011, as modified by Appellate Body Report, WT/DS316/AB/R, par. 8.8.

Panel Report, *European Union – Anti-Dumping Measures on Certain Footwear from China*, WT/DS405/R, adopted 22 February 2012, par. 8.7.

Panel Report, *Guatemala – Definitive Anti Dumping Measures on Grey Portland Cement from Mexico*, WT/DS156/R, adopted 17 November 2000, DSR 2000:XI, 5295, par. 9.7

Panel Report, *India – Measures Affecting the Automotive Sector*, WT/DS146/R, WT/DS175/R and Corr.1, adopted 5 April 2002, DSR 2002:V, 1827, par. 7.273.

Panel Report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, Complaint by the United States*, WT/DS50/R, adopted 16 January 1998, as modified by Appellate Body Report WT/DS50/AB/R, DSR 1998:I, 41, par. 8.2

Panel Report, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, adopted 22 September 1999, upheld by Appellate Body Report WT/DS90/AB/R, DSR 1999:V, 1799, par. 6.2

Panel Report, *Japan – Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea*, WT/DS336/R, adopted 17 December 2007, as modified by Appellate Body Report WT/DS336/AB/R, DSR 2007:VII, 2805 par. 8.7, 8.8.

Panel Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adopted 10 January 2001, as modified by Appellate Body Report WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, DSR 2001:I, 59, par. 845 (g) et 847

Panel Report, *Korea – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, WT/DS273/R, adopted 11 April 2005, DSR 2005:VII, 2749, par. 8.699.

Panel Report, *Mexico – Anti Dumping Duties on Steel Pipes and Tubes from Guatemala*, WT/DS331/R, adopted 24 July 2007, DSR 2007:IV, 1207, par. 8.13

Panel Report, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/R, adopted 19 November 1999, as modified by Appellate Body Report WT/DS34/AB/R, DSR 1999:VI, 2363, par. 9.63

Panel Report, *United States – Anti Dumping Measures on Certain Hot Rolled Steel Products from Japan*, WT/DS184/R, adopted 23 August 2001 modified by Appellate Body Report WT/DS184/AB/R, DSR 2001:X, 4769, para. 8.11 et suiv

Panel Report, *United States – Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/R, adopted 31 August 2004, as modified by Appellate Body Report WT/DS264/AB/R, DSR 2004:V, 1937, par. 8.4-6.

Panel Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R and Corr.1, adopted 6 November 1998, as modified by Appellate Body Report WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, 2821, par. 7.17

Panel Report, *United States – Measures affecting trade in large civil aircraft (second complaint)*, WT/DS353/R, adopted 31 march 2011, par. 8.6

Panel Report, *United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man made Fibre Underwear*, WT/DS24/R, adopted 25 February 1997, as modified by Appellate Body Report WT/DS24/AB/R, DSR 1997:I, 31, par. 8.3

Panel Report, *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"*, WT/DS108/R, adopted 20 March 2000, as modified by Appellate Body Report WT/DS108/AB/R, DSR 2000:IV, 1675, par. 8.3

Panel Reports, *Philippines – Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396/R / WT/DS403/R, adopted 20 January 2012, as modified by Appellate Body Reports WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R, par. 8.4.

c.2) Organe d'appel

Appellate Body Report, *Guatemala – Anti Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico*, WT/DS60/AB/R, adopted 25 November 1998, DSR 1998:IX, 3767, note n. 47.

Appellate Body Report, *United States – Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods (OCTG) from Mexico*, WT/DS282/AB/R, adopted 28 November 2005, DSR 2005:XX, 10127, para. 189

Appellate Body Report, *United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, adopted 23 May 1997, and Corr.1, DSR 1997:I, 323, p. 19.

Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint)*, WT/DS353/AB/R, adopted 23 March 2012, par. 1352;

c.3) GATT 1947

Report of the Panel adopted on 18 October 1973, L/4687 - 25S/68, *European Community programme of minimum import prices, licences and surety deposits for certain processed fruits and vegetable*, para. 4.9

Report of the Panel adopted on 12 July 1983, L/5511 - 30S/129, *Panel on Quantitative Restrictions against imports of certain products from Hong Kong*, par. 25.

Report of the Panel adopted on 22 March 1988, L/6304 - 35S/37, *Panel on import, distribution and sale of alcoholic drinks by Canadian Provincial marketing Agencies*, par. 4.36.

d) Union européenne.

d.1) TPI

TPI, 20 mars 2001, *Bocchi Food Trade International GmbH contre Commission des Communautés européennes*, Aff. T-30/99, *Rec.*, p. 967-II, point 56 et suiv

TPI, 20 mars 2001, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH contre Commission des Communautés européennes*, Aff. T-18/99, *Rec.*, p. 932-I, points 49 et suiv.

TPI, 3 février 2005, *Chiquita Brands International, Inc., Chiquita Banana Co. BV et Chiquita Italia, SpA contre Commission des Communautés européennes*, Aff. T-19/01, *Rec.*, p. 374-II et suiv., points 162-166

TPI, 14 décembre 2005, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) et Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies, Inc. (FIAMM Technologies) contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. T-69/00, *Rec.*, p. 5433-II, points 120-134

TPI, 14 décembre 2005, *Le Laboratoire du Bain contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. T-151/00, *Rec.*, p. 23-II, points 103-104, 122.

TPI, 1er juillet 2009, *Jan Rudolf Maas et autres contre Commission des Communautés européennes*, T-81/07, T-82/07 et T-83/07, *Rec.*, p. 2411-II, par. 200

TPI, 1er juillet 2010, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA contre Commission européenne*, T-62/08, *Rec.*, p. 3229-II, par. 269 et s

TPI, 13 septembre 2010, *République hellénique, Olympiakes Aerogrammes AE et Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE contre Commission européenne*, Aff. jointes T-415/05, T-416/05 et T-423/05, non publié, par. 126

TPI, 25 octobre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO et ENRC Marketing AG contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. T-192/08, non publié, points 34-36

d.2) Cour de Justice

CJCE, 5 février 1962, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, Aff. 26/62, *Rec.*, p. 24.

CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, Aff. 6-64, *Rec.*, p. 1162.

CJCE, 4 février 1965, *SARL Albatros contre Société des pétroles et des combustibles liquides (Sopéco)*, C-20/64, *Rec.*, p. 10

CJCE, 19 décembre 1968, *Société par actions Salgoil contre Ministère du commerce extérieur de la République italienne*, C-13/68, *Rec.*, p. 673

CJCE, 19 juin 1973, *Carmine Capolongo contre Azienda Agricola Maya*, Aff. 77-72, *Rec.*, p. 621 et suiv

CJCE, 12 juillet 1973, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, C-70/72, *Rec.*, p. 813, par. 13

CJCE, 11 décembre 1973, *Markmann KG c. République fédérale d'Allemagne et Land Schleswig-Holstein*, Aff. 121/73, *Rec.*, p. 1495, par. 7 et suiv.

CJCE, 11 décembre 1973, *Fritz Lohrey contre République fédérale d'Allemagne et Land de Hesse*, Aff. 141-73, *Rec.*, p. 1527.

CJCE, 11 décembre 1973, *Gebrüder Lorenz GmbH contre République fédérale d'Allemagne et Land de Rhénanie-Palatinat*, Aff. 120-73, *Rec.*, p. 1484, lett. e) du dispositif.

CJCE, 11 décembre 1973, *Nordsee, Deutsche Hochseefischerei GmbH contre République fédérale d'Allemagne et Land de Rhénanie-Palatinat*, Aff. 122-73, *Rec.*, p. 1511 ; CJCE, 11 décembre 1973,

CJCE, 21 juin 1974, *Jean Reyners contre État belge*, C-2/74, *Rec.*, p. 631, par. 26.

CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, C-8/74, *Rec.*, p. 852.

CJCE, 26 février 1976, *Riccardo Tasca*, C-65/75, *Rec.*, p. 309 ;

CJCE, 20 mai 1975, *Adriaan de Peijper, directeur de la société Centrafarm BVjper*, C-104/75, *Rec.*, p. 635

CJCE, 7 avril 1981, *NV United Foods et PVBA Aug. Van den Abeele contre État belge*, C-132/80, *Rec.*, p. 995, par. 31.

CJCE, 5 février 1976, *Conceria Daniele Bresciani contre Amministrazione Italiana delle Finanze*, Aff. 87-75, *Rec.*, p. 141 et suiv., points 19-26

CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, C-43/75, *Rec.*, p. 455, par. 31-32

CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. 78/76, *Rec.*, p. 610

CJCE, 22 mars 1977, *Iannelli & Volpi SpA contre Ditta Paolo Meroni*, Aff. 74/76, *Rec.*, p. 575 par. 11.

CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, C-106/77, *Rec.*, p. 629, par. 14, 16 et 21.

CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre Denkavit italiana Srl.*, C-61/79, *Rec.*, p. 1223.

CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, Aff. 104/81, *Rec.*, p. 3663, points 15-18

CJCE, 14 décembre 1982, *Procureur de la République et Comité national de défense contre l'alcoolisme contre Alex Waterkeyn et autres*, Aff. Joint. 314/81, 315/81, 316/81 et 83/82, *Rec.*, p. 4337, par. 15

CJCE, 8 février 1983, *Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-124/81, *Rec.*, p. 234.

CJCE, 16 mars 1983, *Administration des finances de l'État contre Società petrolifera italiana SpA (SPI) et SpA Michelin italiana (SAMI)*, Aff. jointes 267/81, 268/81 et 269/81, *Rec.*, p. 830, point 23

CJCE, 16 mars 1983, *Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) contre Ministero delle finanze, Ministero della marina mercantile, Circostrizione doganale di Trieste et Ente autonomo del porto di Trieste*, Aff. 266/81, *Rec.*, p. 776, point 12.

CJCE, 13 décembre 1983, *Apple and Pear Development Council contre K.J. Lewis Ltd et autres*, C-222/82, *Rec.*, p. 4125,

CJCE, 24 février 1987, *Deufil GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes*, C-310/85, *Rec.*, pag. 901, par. 20 et suiv. avec la décision de la Commission du 10 juillet 1985, 85/471/CEE, article 3

CJCE, 7 juin 1988, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, C-63/87, *Rec.*, p. 2875, par. 14

CJCE, 2 février 1989, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, C-94/87, *Rec.*, p. 175, par. 12 ;

CJCE, 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) contre Commission des Communautés européennes*, Aff. 70/87, *Rec.*, p. 1831, point 22

CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo SpA contre Comune di Milano*, C-103/88, *Rec.*, p. 1839, par. 31.

CJCE, 20 septembre 1990, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, C-5/89, *Rec.*, p. 3437-I, par. 18.

CJCE, 14 février 1990, *République française contre Commission des Communautés européennes*, C-301/87, *Rec.*, pag. 307-I, par. 12

CJCE, 21 mars 1990, *Royaume de Belgique contre Commission des Communautés européennes*, C-142/87, *Rec.*, p. 959-I, par. 66

CJCE, 19 juin 1990, *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, Aff. 213/89, *Rec.*, p. 2433, par. 21

CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil des Communautés européennes*, Aff. 69/89, *Rec.*, p. 2179-I, points 30-31

CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*, C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, p. 5357-I.

CJCE, 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon contre République française*, C-354/90, *Rec.*, p. 5523-I, par. 2-3 et 11-12.

CJCE, 16 décembre 1992, *Georges Lornoy en Zonen NV et autres contre État belge*, C-17/91, *Rec.*, p. 6555-I

CJCE, 10 juin 1993, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, C-183/91, *Rec.*, p. 3131-I, par. 17-20

CJCE, 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. 280/93, *Rec.*, p. 5073-I, point 109

CJCE, 15 novembre 1994, *Avis 1/94*, *Rec.*, p. 5417-I et suiv.

CJCE, 12 décembre 1995, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre Chiquita Italia SpA*, Aff. C-469/93, *Rec.*, p. 4565-I, points 25-28.

CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, p. 1029-I.

CJCE, 26 mars 1996, *The Queen contre H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, C-392/93, *Rec.*, p. 1631-I, par. 38

CJCE, 23 mai 1996, *The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, C-5/94, *Rec.*, p. 2553-I, par. 25.

CJCE, 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) et autres contre La Poste et autres*, C-39/94, *Rec.*, p. 3598-I, par. 12 et 71

CJCE, 9 décembre 1997, *Commission des Communautés européennes contre République française*, C-265/95, *Rec.*, p. 6999-I.

CJCE, 20 mars 1997, *Land Rheinland-Pfalz contre Alcan Deutschland GmbH*, C-24/95, *Rec.*, p. 1591-I, par. 54.

CJCE, 16 juin 1998, *Hermès International (société en commandite par actions) contre FHT Marketing Choice BV*, Aff. C-53/96., *Rec.*, p. 3647-I, point 28

CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-149/96, *Rec.*, p. 8436-I et suiv., points 37-46.

CJCE, 27 juin 2000, *Commission des Communautés européennes contre République portugaise*, C-404/97, *Rec.*, p.4897-I, par. 55 ;

CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior SA contre TUK Consultancy BV et Assco Gerüste GmbH et Rob van Dijk contre Wilhelm Layher GmbH & Co. KG et Layher BV*, Aff. jointes C-300/98 et C-392/98, *Rec.*, p. 11358-I et suiv., points 37, 47-48

CJCE, 13 septembre 2001, *Schieving-Nijstad vof et autres contre Robert Groeneveld*, Aff. C-89/99, *Rec.*, p. 5892-I, points 54-55

CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH contre Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, *Rec.*, p 8388 et suiv. et 8399-I par. 55.

CJCE, 12 mars 2002, *The Queen contre Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Omega Air Ltd (C-27/00) et Omega Air Ltd , Aero Engines Ireland Ltd et Omega Aviation Services Ltd contre Irish Aviation Authority (C-122/00)*, Aff. jointes C-27/00 et C-122/00, *Rec.*, p. 2627-I, point 89

CJCE, 12 décembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, C-209/00, *Rec.*, p. 11695-I, par. 58 et suiv

CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-76/00, *Rec.*, p. 141-I, point 55.

CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*, C-112/00, *Rec.*, pp. 5715-I et suiv.

CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler contre Republik Österreich*, C-224/01., *Rec.*, 10239-I, par. 33 et 36.

CJCE, 21 octobre 2003, *Belgische Staat contre Eugène van Calster et Felix Cleeren et Openbaar Slachthuis NV 01*, Aff. jointes C-261/01 et C-262/01., *Rec.*, pag. 12249-I, par. 64

CJCE, 26 juin 2003, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-404/00, *Rec.*, p. 6695-I, par. 51.

CJCE, 9 décembre 2003, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, Aff. C-129/00, *Rec.*, p. 14637-I, par. 41.

CJCE, 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région contre Électricité de France (EDF)*, Aff. C-213/03, *Rec.*, p. 7373-I, point 40.

CJCE, 7 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes contre République française*, Aff. C-239/03, *Rec.*, p. 9339-I, points 29-31.

CJCE, 16 novembre 2004, *Anheuser-Busch Inc. contre Budějovický Budvar, národní podnik*, Aff. C-245/02, *Rec.*, p. 10989 et suiv, points 69-70, 73, 82

CJCE, 13 janvier 2005, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant contre Staatssecretaris van Financiën*, C-174/02, *Rec.*, p. 123-I par. 21 et p. 124-1 par. 26

CJCE, 1er mars 2005, *Léon Van Parys NV contre Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, Aff. C-377/02, *Rec.*, p. 1524-I, point 53 et

CJCE, 30 mai 2006, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, Aff. C-459/03, *Rec.*, p. 4661-I, par. 7 et suiv. et par. 86

CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA contre Repubblica italiana*, C-173/03, *Rec.*, p. 5177-I, par. 41

CJCE, 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron SA contre Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon, venant aux droits et obligations de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, C-526/04, *Rec.*, p. 7564-I.

CJCE, 5 octobre 2006, *Commission des Communautés européennes contre République française*, C-232/05, *Rec.*, p. 10071-I, par. 53.

CJCE, 5 octobre 2006, *Commission des Communautés européennes contre République française*, C-232/05, *Rec.*, p. 10071-I, par. 53.

CJCE, 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH et autres contre Finanzlandesdirektion für Tirol et autres*, C-368/04, *Rec.*, p. 9957-I, par. 45.

CJCE, 11 septembre 2007, *Genéricos - Produtos Farmacêuticos Lda contre Merck & Co. Inc. et Merck Sharp & Dohme Lda*, Aff. C-431/05, *Rec.*, p. 7036-I et suiv., points 35-48.

CJCE, 3 juin 2008, *The Queen, à la demande de International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) et autres contre Secretary of State for Transport*, Aff. C-308/06, *Rec.*, p. 4057-I, point 29.

CJCE, 12 février 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF) et Ministre de la Culture et de la Communication contre Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, C-199/06, *Rec.*, par. 8, 38 et p. 499-I et suiv.

CJCE, 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) et Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon & Figli SpA et Fedon America, Inc. (C-121/06 P) contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. jointes C-120/06 P et C-121/06, *Rec.*, p. 6513-I, point 119.

CJCE, 18 décembre 2008, *Wienstrom GmbH contre Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit*, C-384/07, *Rec.*, p. 10393-I, par. 29 et suiv.

CJUE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier contre Bundesrepublik Deutschland*, Aff. C-445/06, *Rec.*, p. 2119-I, par. 31-35

CJUE, 3 septembre 2009, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate contro Fallimento Olimpiclub Srl*, Aff. C-2/08, *Rec.*, p. 7501, par. 39

CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, Aff. C-555/07, *Rec.*, p. 365-I.

CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL contre Administración del Estado*, Aff. C-118/08, *Rec.*, p. 653-I, par. 48

CJUE, 6 juillet 2010, *Monsanto Technology LLC contre Cefetra BV et autres*, Aff. C-428/08, *Rec.*, p. 6765-I, points 74-77

CJUE, 22 décembre 2010, *Commission européenne contre République italienne*, C-304/09, non publiée, par. 51, 55-56.

CJUE, 22 décembre 2010, *Commission européenne contre République slovaque*, C-507/08, non publiée, par. 52 et 60

CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, Aff. C-240/09, non publié, points 42, 47-48

CJUE, 14 avril 2011, *Commission européenne contre République de Pologne*, C-331/09, non publiée, par. 57.

CJUE, 28 juillet 2011, *Mediaset SpA contre Commission européenne*, C-403/10 P., non publié e la décision de la Commission du 24 janvier 2007, 2007/374/CE, article 2

CJUE, 13 octobre 2011, *Commission européenne contre République italienne*, C-454/09, non publiée, par. 35 et suiv

CJUE, 18 octobre 2011, *Antoine Boxus et alii contre Région wallonne*, Aff. jointes C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, non publié, point 52 et suiv.

CJUE, 10 novembre 2011, X (C-319/10) contre Inspecteur van de Belastingdienst / Y et X BV (C-320/10) contre Inspecteur van de Belastingdienst P., Aff. jointes C-319/10 et C-320/10, non publié, points 35-37.

CJUE, 10 novembre 2011, X (C-319/10) contre Inspecteur van de Belastingdienst / Y et X BV (C-320/10) contre Inspecteur van de Belastingdienst P., Aff. jointes C-319/10 et C-320/10, non publié, points 35-37.

CJUE, 17 novembre 2011, *Commission européenne contre République italienne*, C-496/09, non publiée, par. 26 et suiv

CJUE, 8 décembre 2011, *Residex Capital IV CV contre Gemeente Rotterdam*, C-275/10, non publiée, par. 34, 44 et 46.

CJUE, 21 décembre 2011, *ACEA SpA contre Commission européenne*, C-319/09 P., non publié, par. 54 et suiv

CJUE, 21 décembre 2011, *A2A SpA, anciennement AEM SpA contre Commission européenne*, C-320/09 P, non publié, par. 162

CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay e.a. contre Région wallonne*, Aff. C-182/10, non publié, points 42-43 ;

CJUE, 1er mars 2012, *Commission européenne contre République hellénique*, C-354/10, non publiée, par. 69 et su

CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, Aff. C-135/10, non publié, points 51 et suiv. et 71

d.3) Autres

Conclusions de l'Avocat Général M. Henri Mayras dans les affaires jointes 21 à 24-72, Rec., p. 1235 et 1241.

Conclusions de l'Avocat Général M. Giuseppe Tesaurò dans l'affaire C-53/96, op. cit., p. 3630-I et suiv., points 21-35.

Commission notice on the enforcement of state aid law by national courts, OJ 2009 C 85/1, par. 30 et 72.

e) Institut du droit international

CONFORTI Benedetto, The activities of national judges and the international relations of their State : Preliminary Report. *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 65, tome I. Paris : Pedone, 1993, p. 344-406.

L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat. *Annuaire de l'Institut de droit international* : Session de Milan, vol. 65, tome II. Paris : Pedone, 1993, p. 320.

Règlement sur les immunités diplomatiques, *Annuaire de l'Institut de droit international: Session de Cambridge*, vol. 14. Paris : Pedone, 1895, p. 243

Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers. *Annuaire de l'Institut de droit international* : Session de Hambourg 1891. Bruxelles : Imprimerie Lesigne, 1928-II p. 1215 et suiv

f) Cour Permanente de Justice Internationale

Compétence des Tribunaux de Dantzig (Recours de certaines fonctionnaires ferroviaires contre l'administration polonaise), avis consultatif, Série B, n.° 15, C.P.J.I. Recueil des avis consultatifs, 1928

Accord du 22 octobre 1921, dit « Accord définitif concernant les fonctionnaires », *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I.*

Acte d'appel du gouvernement de la Ville Libre de Dantzig contre la décision du Haut-commissaire de la Société des Nations, *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I.*

Avis consultatif du Professeur le Fur, *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I.*

Avis consultatif du Professeur le Fur, *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I.*

Discours prononcé par M. le Professeur Gidel (représentant de la Ville libre de Dantzig), *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I*

Discours prononcé par M. Limburg, *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I*

Mémoire du gouvernement polonais au Conseil de la Société des Nations, *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I.*

Mémoire du gouvernement polonais, *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I.*

Mémoire pour la Ville libre de Dantzig, *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I.*

Parere « pro veritate » del dott. Arrigo Cavaglieri, *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I.*

Parere « pro veritate » del dott. Arrigo Cavaglieri, *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I*

Réplique du gouvernement polonais à l'appel du Sénat de la Ville Libre de Dantzig, *Actes et Documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour 1928, Série C, n. ° 14-I.*

g) Juridictions nationales

Conseil d'Etat, assemblée, 11 avril 2012, n. 322326, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion per le logement (FAPIL), *Revue française de droit international*, 2012, vol. 28, p. 558.

Conseil d'Etat, assemblée, 23 décembre 2011, n. 303678, M. Eduardo José Kandryrine de Brito Paiva. *Revue française de droit international*, 2012, vol. 28, p. 17

Corte di Appello di Genova, 5 marzo 2010, n. 678/10, p. 8 et suiv.

Tribunale di Firenze, 28 marzo 2012, *Manfredi*. *Rivista di diritto internazionale*, 2012, vol. 95, p. 585-586.

Tribunale di Genova, sez. III, 14 luglio 2008, n. 3119/08, p. 318

Corte di cassazione, I^a sezione penale, *Baumann*, 30 maggio 2012, n. 32139, p. 6.

Corte di cassazione, Sezioni Unite, 29 maggio 2008, *Mantelli*, n. 14201, p. 13-14 dans *CED Cassazione civile*

Corte di cassazione, Sezioni Unite, 11 marzo 2004, *Ferrini*, n. 5044. *Rivista di diritto internazionale*, 2004, vol. 87, p. 539

Cour de Cassation de Belgique, arrêt, 12 février 2003, P.02.1139.F/7-8

Medellín v. Texas, 136 ILM 689 (1998), p. 700 note 4.

Sanchez-Llamas v. Oregon, 134 ILM 719 (2006), p. 726.

Breard v. Greene, 37 ILM 826 (1998).