



HAL
open science

Ni res judicata ni res interpretata : les résistances des juridictions internes à l'égard des décisions de la CIJ

Alina Miron

► To cite this version:

Alina Miron. Ni res judicata ni res interpretata : les résistances des juridictions internes à l'égard des décisions de la CIJ. Florian Couveinhes; Raphaëlle Nollez-Goldbach. Les Etats face aux juridictions internationales : une analyse des politiques étatiques relatives aux juges internationaux, Pedone, pp.85-110, 2019, 978-2-233-00931-9. hal-02559584v2

HAL Id: hal-02559584

<https://univ-angers.hal.science/hal-02559584v2>

Submitted on 30 Sep 2024

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

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

**LES ETATS
FACE AUX
JURIDICTIONS INTERNATIONALES**

**UNE ANALYSE DES POLITIQUES ÉTATIQUES
RELATIVES AUX JUGES INTERNATIONAUX**

**Sous la direction de
FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO
&
RAPHAËLLE NOLLEZ-GOLDBACH**

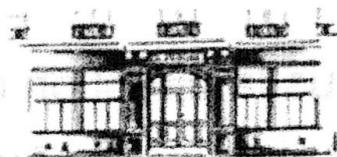
Actes de la 2^{ème} Journée de droit international de l'ENS

EDITIONS PEDONE



341.5 ETA 2019

LES ETATS
FACE AUX
JURIDICTIONS INTERNATIONALES
UNE ANALYSE DES POLITIQUES ETATIQUES
RELATIVES AUX JUGES INTERNATIONAUX



Editeur depuis 1837 - 13, RUE SOUFFLOT

Tous droits, Tous pays

© – 2019 –

Editions A. PEDONE
13 rue Soufflot
75005 PARIS
Email : editions-pedone@orange.fr
I.S.B.N. 978-2-233-00931-9

NI RES JUDICATA NI RES INTERPRETATA : LES RESISTANCES DES JURIDICTIONS INTERNES A L'EGARD DES DECISIONS DE LA CIJ

ALINA MIRON*

1. *Res judicata pro veritate habetur* (la chose jugée est tenue pour vérité) constitue l'axiome le plus élémentaire du contentieux. Comme la Cour internationale de Justice (CIJ) l'a rappelé en 2016, il « protège en même temps la fonction judiciaire d'une cour ou d'un tribunal et les parties à une affaire qui a donné lieu à un jugement définitif et sans recours »¹. Ce principe général du droit² est scindé dans deux dispositions différentes du Statut de la Cour. L'article 59 rappelle le caractère obligatoire et relatif des décisions de la Cour³, tandis que l'article 69 affirme que « l'arrêt est définitif et sans recours ».

2. Il est maintenant établi que la force obligatoire appartient à toute « décision », et que ce terme englobe à la fois les arrêts et les ordonnances en indication de mesures conservatoires⁴. Toutefois, la *res judicata*⁵ ne s'attache qu'aux arrêts de la Cour, et plus particulièrement au dispositif qui tranche d'une manière définitive le différend soumis⁶, à l'exclusion des motifs qui n'en sont pas le support nécessaire. Par contraste, les ordonnances en

* Professeure de droit international, Université d'Angers.

¹ CIJ, *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt du 17 mars 2016 (exceptions préliminaires), *Rec.* 2016, p. 125 § 58.

² V. not. CIJ, *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, avis consultatif du 13 juillet 1954, *Rec.* 1954, p. 53 (« Suivant un principe de droit bien établi et généralement reconnu, un jugement rendu par un (...) corps judiciaire est chose jugée, et a force obligatoire entre les parties au différend. ») et CIJ, *Nicaragua c. Colombie*, préc. note 1, p. 125 § 58.

³ « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

⁴ Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a consacré le caractère obligatoire des ordonnances en indication de mesures conservatoires et classé les ordonnances parmi la catégorie générique des « décisions » (CIJ, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, *Rec.* 2001, p. 506 § 108). V. aussi R. Bernhardt, « Article 59 », in A. Zimmermann *et al.*, *The Statute of the International Court of Justice – A Commentary*, Oxford, OUP, 2019, 3^e éd., p. 1573, MN 34.

⁵ Une « situation de chose jugée » apparaît lorsque « la question [est] finalement et définitivement réglée » (CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (Nouvelle requête : 1962)*, arrêt du 24 juillet 1964 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1964, p. 20).

⁶ CIJ, *Nicaragua c. Colombie*, préc. note 1, p. 126, §§ 59-61.

indication de mesures conservatoires qui deviennent caduques à partir du prononcé de l'arrêt final⁷, et sont ainsi dépourvues du caractère définitif consubstantiel à la *res judicata*. En outre, les avis consultatifs de la Cour ne sont ni revêtus de la *res judicata*, ni même obligatoires, à l'exception des situations où un accord extérieur au Statut leur reconnaît cette qualité⁸. Cela étant, on s'accorde à considérer qu'ils ont d'importants effets juridiques, aussi difficiles à codifier soient-ils⁹.

3. Par ailleurs les décisions et avis de la Cour bénéficient d'une grande autorité interprétative. Cela étant, la compréhension de cette autorité interprétative est difficile et les appréciations hétérogènes. Il ne s'agit certes pas d'une autorité de *stare decisis*, que le système contentieux international rejette, mais d'un précédent non obligatoire, qui pèse sur la Cour comme institution¹⁰, et sur les juges pris individuellement¹¹. Son fondement est facilement compréhensible : pour des raisons de sécurité juridique, toute cour de justice cherche à promouvoir la cohérence de sa jurisprudence¹². Les autres juges internationaux pourraient également la suivre, avec le même objectif de garantir la prévisibilité du droit et la sécurité juridique¹³.

4. Cette contrainte de cohérence conduit-elle à une autorité de *res interpretata* ? Utilisé à la fois par la doctrine¹⁴ et par les juges¹⁵, le concept de

⁷ Il peut s'agir d'un arrêt au fond (CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 31 mars 2004, *Rec. 2004*, p. 70, § 152) comme d'un arrêt par lequel la Cour se déclare incompétente (CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, arrêt du 1^{er} avril 2011 (exceptions préliminaires), *Rec. 2011*, p. 140, § 186).

⁸ Sur ce mécanisme, v. CIJ, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif du 29 avril 1999, *Rec. 1999*, p. 77 (ci-après avis Cumaraswamy).

⁹ V. J. Frowein et K. Oellers-Frahm, « Article 65 », in A. Zimmermann *et al.*, *op. cit.* note 4, pp. 1621-1627.

¹⁰ Sur la portée du précédent non obligatoire, v. R. Bernhardt, *op. cit.* note 4, p. 1431 ; M. Forteau, « Les décisions juridictionnelles comme précédent », in SFDI, Colloque de Strasbourg, *Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, spéc. pp. 92-93.

¹¹ CIJ, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)*, arrêt du 5 octobre 2016 (exceptions préliminaires), Déclaration de M. Abraham, *Rec. 2016*, pp. 859-860, § 9.

¹² CIJ, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, arrêt du 14 décembre 2004 (exceptions préliminaires), Déclaration commune de M. le juge Ranjeva, vice-président, et de M. le juge Guillaume, de Mme le juge Higgins et de MM. les juges Kooijmans, Al Khasawneh, Buergenthal et Elaraby, *Rec. 2004*, p. 330, § 3.

¹³ C'est notamment le cas en matière de droit de la mer. V. A. Miron, « The *acquis judiciaire*, a new formula for cohesion of law in a decentralized litigation system? A case-study in the law of the sea », Workshop Pluricourts, *Beyond Fragmentation: Competition and Collaboration among International Courts and Tribunals*, à paraître en 2019.

¹⁴ S. Besson, « Legal Philosophical Issues of International Adjudication: Getting Over the *Amour Impossible* between International Law and Adjudication », in C. Romano *et al.* (dir.), *Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, OUP, 2014, p. 422.

res interpretata renvoie à l'effet *erga omnes* des déterminations de droit réalisées par un tribunal. Contrairement à la *res judicata*, la *res interpretata* s'attacherait aux motifs plus qu'au dispositif et s'adresserait aux tiers plus qu'aux parties. Cela étant, quand bien même certains des prononcés de la CIJ pourraient « influencer les relations d'Etats autres que les Parties »¹⁶, cette force d'influence n'a rien de systématique. La *res interpretata* pourrait difficilement être érigée en principe dans un système où la juridiction est facultative et l'interprétation intermittente, au gré des saisines occasionnelles de la CIJ.

5. De fait, le concept de la *res interpretata* s'est principalement imposé en lien avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷. Il est, dans ce contexte, un outil qui vise à prévenir les condamnations de l'Etat par une prise en compte en amont des nouvelles interprétations rendues par la Cour de Strasbourg¹⁸. Dans ce système, la *res interpretata* a pour destinataires principaux les autorités internes et principalement les juges nationaux, qui sont les juges de droit commun de la Convention. Il n'allait pas de soi que ceux-ci acceptent le caractère obligatoire des interprétations de la CourEDH. Mais, pour ne donner qu'un seul exemple, la Cour de cassation française a considéré que « les Etats adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »¹⁹.

6. A la différence des cours régionales, la Cour internationale de Justice ne se place guère dans l'optique d'un dialogue judiciaire transnational. Que ce soit en matière de délimitation ou de responsabilité internationale, ses

¹⁵ CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, Opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade, Rec. 2011, p. 315, § 192.

¹⁶ CIJ, *Plateau continental de la mer Egée*, arrêt du 19 décembre 1978 (exception préliminaire), Rec. 1978, pp. 16-17, § 39, cité CIJ, *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, arrêt du 21 juin 2000 (compétence de la Cour), Rec. 2000, p. 24, § 26.

¹⁷ O. M. Arnardóttir, « *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights* », *EJIL*, 2017, vol. 28, n°3, pp. 819-843.

¹⁸ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, discours de Christos Pourgourides, « L'autorité de la chose interprétée ('*Res interpretata*') et le principe de subsidiarité dans le cadre de la CEDH », doc. AS/Jur/Inf (2010) 04, p. 2 (en anglais uniquement, disponible en ligne sur : http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101125_skopje.pdf, dernière consultation : 20.11.2017).

¹⁹ Cour de cassation (France), ass. plén. 15 avril 2011, n°10-17049, *Bull. ass. plén.* n°743, italiques ajoutées. Pour un commentaire de cette décision et des trois autres du même jour, reprenant ce considérant de principe, v. J. Boissise, in A. Pellet et A. Miron (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, coll. « Grands textes », 2015, pp. 621-632.

arrêts n'ont pas vocation à être *self-executing*²⁰. De fait, les juges internes sont rarement en mesure de devenir des agents de mise en œuvre de ses décisions, qui nécessitent l'adoption de mesures générales, soit par le pouvoir exécutif, soit par le législateur. Il pourrait en aller différemment lorsque l'objet du contentieux international porte sur la détermination de l'étendue de certains droits individuels (hypothèse des affaires *Lagrand* et *Avena*) ou des immunités, car il s'agit là de questions soulevées par nature devant les juridictions internes. Même dans ces cas de figure, la CIJ n'a manifesté aucune prédilection pour appeler les juges nationaux à se muer en agents de mise en œuvre de ses arrêts. Au contraire, que ce soit dans *Mandat d'arrêt*, dans *LaGrand*, *Avena* ou dans *Immunités juridictionnelles*, elle a laissé l'Etat libre de choisir les modalités de mise en œuvre de l'arrêt. L'expression « par les moyens de son choix / en recourant à toute méthode de son choix » apparaît rituellement dans le dispositif²¹. Dans l'arrêt *Avena (interprétation)*, la Cour a ainsi noté que :

« *Aucun passage de l'arrêt Avena [initial] ne prescrit ni n'implique que les tribunaux des Etats-Unis seraient tenus de faire une application directe du point 9) du paragraphe 153. (...) [L]'*arrêt laisse aux Etats-Unis le choix des moyens d'exécution, sans exclure l'adoption, dans un délai raisonnable, d'une législation appropriée, si cela est jugé nécessaire en vertu du droit constitutionnel national. L'arrêt *Avena* n'empêcherait pas davantage une exécution directe de l'obligation en cause, si un tel effet était permis par le droit interne. »²²

7. Certes, ce passage ne vise que les effets internes recherchés par l'arrêt *Avena* de 2004, mais il se situe dans la directe lignée des décisions antérieures, dans lesquelles la Cour n'a jamais exigé qu'un effet direct soit donné à ses décisions. Le plus loin qu'elle soit allée dans le sens d'une précision des modalités internes d'exécution fut de suggérer certaines formes de mise en œuvre. Ainsi, le dispositif de l'avis *Cumaraswamy* s'adresse indirectement aux tribunaux internes malaisiens. Après avoir constaté qu'ils « avaient l'obligation de traiter la question de l'immunité de juridiction

²⁰ Dans le même sens, et plus détaillé, v. A. Gattini, « Domestic Judicial Compliance with International Judicial Decisions: Some Paradoxes », in *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, OUP, 2011, spéc. pp. 1172-1178.

²¹ V. CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)), arrêt du 3 février 2012, *Rec.* 2012, p. 155, point 4 du dispositif ; CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *Rec.* 2002, p. 33, point 3 du dispositif ; CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 31 mars 2004, *Rec.* 2004, p. 73, point 11 du dispositif.

²² CIJ, *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 du 19 janvier 2009, *Rec.* 2009, pp. 17-18, § 44. Pour une analyse de ce paragraphe, v. R. Abraham, « The Effects of International Legal Obligations in Domestic Law in Light of the Judgment of the Court in the *Medellin Case* », in G. Gaja et J. G. Stoutenburg (dir.), *Enhancing the Rule of Law through the International Court of Justice*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, coll. « Developments in International Law », 2014, pp. 113-118.

comme une question préliminaire à trancher dans les meilleurs délais *in limine litis* »²³, la Cour a déclaré que « le Gouvernement de la Malaisie est tenu de communiquer le présent avis consultatif aux tribunaux malaisiens, afin qu'il soit donné effet aux obligations internationales de la Malaisie et que soit respectée l'immunité de Dato' Param Cumaraswamy »²⁴.

8. Dans *Immunités juridictionnelles*, la Cour a évoqué l'adoption d'une législation comme l'une des voies possibles pour la mise en œuvre de son arrêt :

« Dit que la République italienne devra, en promulguant une législation appropriée ou en recourant à toute autre méthode de son choix, faire en sorte que les décisions de ses tribunaux et celles d'autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international soient privées d'effet. »²⁵

9. Même dans ces situations, au demeurant rares, la Cour suggère sans imposer. Et si, en s'adressant aux tribunaux, elle lève un coin du voile étatique, le destinataire de la *res judicata* reste *in fine* soit le pouvoir exécutif, soit l'Etat dans son ensemble²⁶. La Cour se montre ainsi fidèle à la conception selon laquelle la mise en œuvre de ses arrêts est conditionnée « par des éléments de fait et par des possibilités que, dans une très large mesure, les Parties sont seules en situation d'apprécier. Un choix entre elles [*i. e.* entre ces possibilités] ne pourrait être fondé sur des considérations juridiques, mais seulement sur des considérations de nature pratique ou d'opportunité politique ; *il ne rentre pas dans la fonction judiciaire de la Cour d'effectuer ce choix* »²⁷.

10. Ainsi, de l'avis de la Cour elle-même, les modalités de la mise en œuvre interne de ses arrêts relèvent de la marge d'appréciation des Etats. C'est une application aux décisions des juridictions internationales, du principe classique de l'autonomie constitutionnelle. Selon ce principe, le droit international manifeste une « indifférence à peu près totale à l'égard de l'organisation constitutionnelle interne de l'Etat »²⁸. Si ces termes renvoient principalement au choix du modèle de gouvernement, les modalités d'incorporation du droit international en droit interne sont également couvertes²⁹.

²³ Avis *Cumaraswamy*, préc. note 8, p. 90, § 2 (b) du dispositif.

²⁴ *Ibid.*, point 4 du dispositif, italiques ajoutées.

²⁵ CIJ, *Immunités juridictionnelles*, Rec. 2012, préc. note 21, p. 155, point 4 du dispositif, italiques ajoutées.

²⁶ Pour un avis différent, v. J. Matringe, « L'exécution par le juge étatique des décisions judiciaires internationales », *RGDIP*, 2013, vol. 17, n°3, pp. 555-578.

²⁷ CIJ, *Haya de la Torre (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 13 juin 1951, Rec. 1951, p. 79, italiques ajoutées.

²⁸ E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, 2011, vol. 356, p. 325.

²⁹ D'autres auteurs évoquent aussi le concept de « domaine réservé » (Ph. Gautier, « L'exécution en droit interne des décisions des juridictions internationales : un domaine réservé ? », in *Les limites du droit international - Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, 2015, pp. 147-168).

11. En se tournant vers les ordres internes, on constate que les constitutions nationales ne contiennent généralement pas de disposition régissant l'incorporation interne des décisions des juridictions internationales³⁰. Entre la préservation du principe de l'autonomie constitutionnelle par l'ordre international et le silence constitutionnel interne, la marge du juge national est donc grande. Dire qu'il ne l'exerce pas toujours dans un sens favorisant l'exécution par l'Etat de ses obligations internationales serait une litote. Le bilan d'ensemble de l'application judiciaire des arrêts de la CIJ n'est en effet pas brillant, puisqu'il met en évidence le refus quasi-systématique des juridictions suprêmes internes d'endosser le rôle d'agent de mise en œuvre des décisions de la Cour internationale de Justice³¹. Plus encore, durant la dernière décennie, l'attitude des juridictions internes à l'égard des décisions rendues à l'encontre de leur Etat a été de franche résistance. Même s'ils acceptent qu'en principe la mise en œuvre des arrêts de la CIJ incombe d'abord aux autorités politiques nationales, les juges internes ont dressé des obstacles à cette exécution, au nom de la défense de principes constitutionnels supérieurs. Ce sont là les cas les plus problématiques, dans la mesure où ils débouchent sur une violation des obligations internationales des Etats et sur un affaiblissement de l'autorité judiciaire internationale.

12. Quant à l'autorité interprétative de la CIJ, elle est pour le juge interne un moyen auxiliaire parmi d'autres de détermination de la règle de droit international. Les juridictions internes citent, d'ailleurs souvent pêle-mêle,

³⁰ V. D. Shelton, « Introduction », in D. Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2011, pp. 17-18.

³¹ On ne reviendra pas ici sur des décisions plus anciennes des juridictions de première instance ou d'appel, qui ont été analysées par plusieurs auteurs. V. par ex : Tribunal de Bruxelles (Belgique), 30 avril 1951, *Socobel*, *Revue critique de droit international privé*, 1952, note de C.-A. Colliard, pp. 111 et s. (une décision abondamment commentée par la doctrine, notamment dans F. Palombino, « Les arrêts de la Cour internationale de Justice devant le juge interne », *AFDI*, 2005, vol. 51, pp. 128-131 ; Ph. Gautier, *op. cit.* note 29, pp. 153-156), ou Cour d'appel du District de Columbia Circuit (Etats-Unis), *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, 859 F.2d, pp. 929, 934 (D.C. Cir. 1988). On ne revient pas non plus sur des décisions qui se limitent à prendre note, sans aucune discussion, des arrêts de la CIJ et de leur application par la législation nationale. V. par ex : Cour de cassation (France), 20 octobre 1959, *James Buchanan & Co c ; Société hanappier-peyrelongue*, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, Chambre civile, 1959, p. 305, où la haute juridiction française s'est contentée de noter que la CIJ avait reconnu la souveraineté britannique sur le groupe de rochers des Minquiers et Ecréhous, sans en tirer de conséquences particulières. Dans la même veine, plusieurs arrêts constatent qu'une loi de 1933 tire les conséquences nécessaires de l'arrêt de la CPJI, *Zones franches en Haute Savoie et dans le Pays du Gex* : « la loi du 27 décembre 1933 portant fixation de l'organisation douanière et fiscale des territoires français visés par l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale du 7 juin 1932 applicable en l'espèce, régleme et sanctionne de façon particulière les infractions ayant des conséquences fiscales lorsqu'elles ont été commises dans une zone franche » (Cour de cassation (France), ch. comm., 14 juin 1960, *Bulletin*, n°230 ; Cour de cassation (France), ch. crim., 11 octobre 2006, *Bulletin criminel*, 2006, n°249, p. 880 ; Cour de cassation (France), ch. crim., 13 janvier 2010, *Bulletin criminel* 2010, n°7).

des décisions judiciaires et la doctrine internationaliste, ce qui montre que la déférence à la jurisprudence de la Cour, bien que réelle, n'est pas inconditionnelle³². L'acceptation de l'autorité interprétative des décisions et avis de la CIJ ne contraint pas le juge interne et, lorsqu'il s'agit d'un juge suprême, elle ne le prive pas du pouvoir du dernier mot.

13. Ainsi, loin de jouer le jeu du dédoublement fonctionnel, le juge national manifeste beaucoup de résistance à l'application des décisions de la CIJ : lorsqu'elles sont rendues à l'encontre de l'Etat du for, il conteste l'autorité de la chose jugée (I) et dresse des obstacles à leur intégration dans l'ordre juridique interne (II). Enfin, même s'il exprime une grande déférence à l'autorité interprétative de la jurisprudence de La Haye, son attitude n'est pas exempte d'ambiguïté, car le juge interne réaffirme en même temps le pouvoir du dernier mot sur le sens qu'il attribuera à la norme internationale, en promouvant ainsi une vision unilatérale de celle-ci (III).

I. LA RES JUDICATA AMPUTÉE DE SES EFFETS ESSENTIELS

14. Par le passé les juridictions suprêmes se contentaient de s'aligner sur la position des autorités politiques, en affirmant que l'exécution des arrêts devait être réalisée par le moyen de décisions politiques. En l'absence de tels actes, le caractère exécutoire dans l'ordre juridique interne leur était dénié. Cette ligne d'argumentation continue à être employée³³, mais on a vu plus récemment les juridictions internes se prononcer, d'une manière indirecte et confuse, sur des arguments relevant du droit international. En mettant l'accent sur le caractère volontaire de l'exécution de l'arrêt (A) ou en déniant aux décisions de la CIJ leur force de vérité légale (B), le juge interne exprime une forme d'opinion dissidente sur l'étendue des obligations internationales de son Etat.

A. Fondement volontariste de la *res judicata* et prétendue option de non-exécution

15. Les juridictions internes insistent ainsi sur le fondement volontariste des arrêts de la Cour, découlant du principe du consentement à juridiction, et occultent souvent le fait que la *res judicata* est également et surtout un principe général du droit. Ce biais volontariste les conduit même à postuler

³² Les statistiques de la prise en considération interprétative de la jurisprudence de la CIJ sont nécessairement partielles, puisqu'elles ne peuvent embrasser tous les domaines matériels du droit international dans lesquels elle est intervenue. Tout au plus pourrait-on se pencher sur la jurisprudence interne relevant d'un domaine particulier du droit matériel. Pour des exemples de dialogue des cours pour le droit des immunités des hauts responsables, v. R. Higgins, « National Courts and the International Court of Justice », *Tom Bingham and the Transformation of the Law – A Liber Amicorum*, Oxford, OUP, 2009, pp. 410-411.

³³ V. *infra*, Partie II.

que les Etats ont la faculté légale de décider unilatéralement du sort de l'exécution de l'arrêt. Pour l'internationaliste, c'est une hérésie, car elle conduit à nier tout caractère obligatoire des décisions de la CIJ et à saper *in fine* le principe de bonne foi sur lequel repose l'ordre juridique international³⁴.

16. Dans son jugement *Medellin v. Texas* du 25 mars 2008, la Cour suprême des Etats-Unis a considéré que l'arrêt *Avena* de la CIJ « *was not directly enforceable as domestic law in state court* ». La raison principale avancée par la Cour suprême était la nécessité d'une législation fédérale qui y donne effet. En sus de cet argument difficilement discutable car relevant de l'autonomie constitutionnelle, la Cour suprême s'est appuyée sur l'argument baroque selon lequel les Etats auraient une option de non-exécution des arrêts. Selon elle, l'article 94 de la Charte ne prévoit pas d'obligation d'exécution juridique, mais tout au plus un devoir politique, dépendant de la volonté de l'Etat :

« Article 94 of the Charter... does not provide that the United States "shall" or "must" comply with an ICJ decision (...); Instead, "[t]he words of Article 94... call upon governments to take certain action." (...) In other words, the U.N. Charter reads like "a compact between independent nations" that "depends for the enforcement of its provisions on the interest and the honor of the governments which are parties to it. »³⁵

Ainsi, la Cour suprême interprète l'article 94 comme accordant un privilège aux membres permanents de s'opposer à ce qu'elle qualifie « *the sole remedy for non-compliance: referral to the United Nations Security Council by an aggrieved state* »³⁶ :

« *in subscribing to the U.N. Charter and Optional Protocol, the United States retained the unqualified right to exercise its veto of any Security Council resolution (...)* If ICJ judgments were instead regarded as automatically enforceable domestic law, (...) noncompliance with an ICJ judgment through

³⁴ Faut-il encore rappeler que la CIJ a toujours considéré que « [I]es dispositions d'un compromis qui autorisent unilatéralement une partie à ne pas exécuter la décision judiciaire sont en contradiction avec la force obligatoire des arrêts telle qu'elle est stipulée aux articles 59 et 63, paragraphe 2 du Statut » (CPJL, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, Série A, n°24*, pp. 13-14) ? De la même manière, est « incompatible avec son Statut et avec sa position en tant que Cour de Justice de rendre un arrêt dont la validité serait subordonnée à l'approbation ultérieure des Parties » (CPJL, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, Série A/B, n°46*, p. 161).

³⁵ Cour suprême (Etats-Unis), 25 mars 2008, *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008), p. 12.

³⁶ *Ibid.*, p. 13. Du reste, le Mémoire du Président, qui entendait assurer la mise en œuvre de l'arrêt de la CIJ, est lui aussi ambigu, puisqu'il fait référence à la volonté discrétionnaire des autorités américaines de respecter la décision : « *I have determined, pursuant to the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, that the United States will discharge its international obligations (...)* by having State courts give effect to the decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the 51 Mexican nationals addressed in that decision. » (Memorandum to the Attorney General, 28 février 2005, cité par l'arrêt, souligné par nous, p. 13).

exercise of the Security Council veto – always regarded as an option by the Executive and ratifying Senate (...) – would no longer be a viable alternative. There would be nothing to veto. (...) [Medellin's] construction would eliminate 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. »³⁷

17. Le même biais volontariste est décelable dans la décision C-269/14 de la Cour constitutionnelle colombienne du 2 Mai 2014. Elle a considéré que l'obligation d'exécuter l'arrêt *Différend territorial et maritime*³⁸ était subordonnée au respect de la procédure constitutionnelle, qui prévoit l'adoption d'un traité de frontières, nécessitant le concours du parlement et, le cas échéant, un contrôle de constitutionnalité. Le raisonnement de la Cour de Bogotá se construit en plusieurs étapes : elle reconnaît d'abord le caractère obligatoire des arrêts de la CIJ, qu'elle ne fonde ni sur la Charte ni sur le Statut, mais sur l'acceptation par la Colombie de sa compétence, à travers la ratification du Pacte de Bogotá³⁹. C'est une façon d'insister sur la volonté unilatérale de l'Etat du for, comme étant l'Alpha et l'Omega de toute obligation internationale. Mais elle y ajoute que l'ordre international lui-même reconnaît que l'obligation d'exécution est conditionnée par le respect des règles constitutionnelles colombiennes. L'argument-massue mis en avant est la réserve (en vérité la déclaration interprétative) formulée par la Colombie à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1986, qui codifie le principe du *pacta sunt servanda*, selon laquelle « la Colombie déclare accepter qu'un Etat ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité, étant entendu que cette règle n'exclut pas le contrôle par le juge de la constitutionnalité des lois portant approbation des traités ». L'absence d'objection à cette réserve serait, selon la Cour constitutionnelle, une consécration internationale de l'« acceptation restrictive ou limitée du principe *pacta sunt servanda* par la Colombie »⁴⁰.

³⁷ *Ibid.*, pp. 14-15, souligné par nous.

³⁸ Dans son arrêt de 2012, la CIJ a tracé une frontière maritime très différente de la ligne de facto imposée par la Colombie. La Colombie ayant rejeté l'arrêt, le Nicaragua a introduit une nouvelle affaire, *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*.

³⁹ « De la reconnaissance de la compétence de la Cour internationale de Justice, conjuguée aux dispositions établissant le caractère contraignant de ses décisions et à la procédure à suivre pour en assurer la mise en œuvre, découle l'existence d'une obligation internationale de reconnaître et d'appliquer les décisions rendues par cette juridiction en matière frontalière » (arrêt C-269/14 du 2 Mai 2014, *Actio popularis d'inconstitutionnalité contre les articles II (en partie), V (en partie), XXXI et L de la Loi n°37 de 1961 portant approbation du Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogotá)*, traduction en français par le Greffe de la CIJ, disponible dans les pièces de l'Affaire relative à des violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (*Nicaragua c. Colombie*), *Exceptions préliminaires de la République de Colombie*, vol. II, Annexe 4, § 9.3.).

⁴⁰ *Ibid.*, § 9.8. La pertinence de cette « réserve » à la Convention de 1986, bien que douteuse, n'est pas discutée. En outre, la Cour en fait une interprétation *contra textum*, car la déclaration stipule que : « En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 27, la Colombie déclare accepter qu'un Etat ne peut

L'internationaliste en reste pantois, tant l'argument signifierait la fin du droit international. D'une manière plus orthodoxe, la Cour constitutionnelle souligne que les Parties à l'instance ont la libre disposition des droits consacrés par l'arrêt. Partant, il leur est loisible d'en modifier la portée, voire de ne pas l'appliquer par commun accord⁴¹. L'argument, valable en droit international, constitue en l'espèce une directive de négociation : un traité de frontière est constitutionnellement nécessaire pour donner effet à l'arrêt de la Cour ; seul sera considéré compatible avec la Constitution le traité qui modifie la substance de l'arrêt de la CIJ.

18. Même les juridictions qui décident de suivre sur le fond les conclusions de la CIJ mettent en avant non pas le caractère obligatoire de la décision, mais l'acceptation de la solution par l'Etat de for. Telle fut en effet l'attitude de la Haute Cour de Kuala Lumpur (Malaisie), lorsqu'elle accepta de reconnaître l'immunité de juridiction de M. Cumaraswamy, que l'avis de la CIJ jugeait obligatoire⁴² :

*« whilst the court might disagree with certain aspects of the decision of the ICJ, the decisive acceptance of the ICJ's ruling by the parties will prevail in respect of this case because the parties had specifically agreed to refer this case for an advisory opinion from the ICJ and that the court was bound to give legal effect to the advisory opinion. »*⁴³

19. Du point de vue du droit international – car c'est bien dans cette optique que les juridictions internes se situent – le raisonnement est extravagant. Il met en même temps en évidence les difficultés persistantes des juridictions internes à considérer les décisions de la CIJ comme des actes véritablement juridictionnels. Comme si le consensualisme à la base de la compétence de la Cour se prolongerait dans la substance de la décision, pour la rapprocher des transactions politiques⁴⁴. Ces incursions dans le droit

invoker les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité, étant entendu que cette règle n'exclut pas le contrôle par le juge de la constitutionnalité des lois portant approbation des traités » (italiques ajoutées).

⁴¹ « Les dispositions de l'article L n'interdisent en aucun cas aux parties d'user, pas plus qu'elles ne les privent, de la faculté qui est la leur, en tant que sujets de droit international ayant la capacité d'agir dans la société internationale, de disposer de leurs propres droits – accordés, reconnus ou attribués par une décision d'une juridiction internationale –, en vue d'en modifier, d'un commun accord, les termes et la portée après le prononcé de cette décision » (*ibid.*, § 10.4).

⁴² Sur le caractère obligatoire de cet avis, v. *supra*, § 7.

⁴³ High Court of Malaya, Kuala Lumpur (Malaisie), *Insas Bhd & Anor v Dato' Param Cumaraswamy*, [2000] 4 CLJ 709, *ILR*, vol. 121, pp. 464-471.

⁴⁴ Ainsi, la Cour constitutionnelle hongroise a considéré, à propos de l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros*, que « the judgement is not a norm, not a contract, but the resolution of a specific dispute, even if some of its statements gain theoretical content or the value of a precedent » (Hongrie, Cour constitutionnelle, 31 octobre 2003, *Member of Parliament, Re, Individual constitutional complaint petition*, ILDC 601 (HU 2003), § 3.3. Dans cette affaire, un parlementaire hongrois avait demandé à la Cour constitutionnelle d'engager la responsabilité du parlement et du pouvoir exécutif pour défaut de mise en œuvre de l'arrêt de la CIJ de 1997. La Cour s'est déclarée incompétente, sur le fondement principal de

international montrent à quel point les juges internes en méconnaissent les rouages essentiels ou en promeuvent une vision unilatérale.

B. La négation de la force de vérité légale du dispositif

20. La *res judicata* signifie que « la sentence rendue entre Etats emporte certification définitive du fait et de droit entre eux »⁴⁵. Si les juridictions internes reconnaissent l'autorité des déterminations de droit international par la Cour⁴⁶, elles peuvent néanmoins contester l'application de ce droit au fait d'espèce. C'est en cela que la force de vérité légale est réfutée. L'exemple le plus significatif vient d'un arrêt de la Cour suprême d'Israël du 15 septembre 2005, au sujet de la légalité de la clôture en Palestine, en particulier pour la partie entourant la colonie Alfei Menashe. Dans son avis de 2004, la CIJ avait considéré que « l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé sont contraires au droit international »⁴⁷. Dans une décision *Beit Sourik* antérieure à l'avis de la CIJ, la Cour suprême avait choisi d'apprécier la légalité du mur portion par portion, compte tenu de ses conséquences sur la vie des populations palestiniennes⁴⁸. Dans son arrêt *Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe et al* de 2005, la Cour suprême a conclu que l'avis de 2004 ne fournissait pas une base pour réviser les conclusions auxquelles elle était arrivée dans *Beit Sourik*.

21. Plusieurs arguments sont avancés. La haute juridiction israélienne excipe d'abord de l'absence de valeur obligatoire des avis de la CIJ⁴⁹. Le postulat n'est que partiellement exact. Certes, l'avis ne lie pas formellement l'institution qui l'a demandé. Mais celle-ci, comme les autres organes des Nations Unies ne peuvent l'ignorer⁵⁰. De plus, les Etats tiers ont

l'absence d'incorporation de l'arrêt dans l'ordre juridique national (ce qui relève de l'évidence, puisque c'était précisément la carence que le requérant imputait aux organes politiques).

⁴⁵ J.-C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales : traité pratique*, Paris, Pedone, 1937, p. 144, cité in J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 179.

⁴⁶ V. *infra*, section III.

⁴⁷ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, Rec. 2004, p. 201, § 163, point 3 du dispositif.

⁴⁸ Cour suprême (Israël), 30 mai 2004, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, disponible en ligne sur : http://www.refworld.org/cases,ISR_SC,4374ac594.html, dernière consultation : 28.11.2017.

⁴⁹ « *The opinion of the ICJ – as its title testifies, and in contrast to a judgment by the same court – is an Advisory Opinion. It does not bind the party who requested it. As the ICJ itself noted in its opinion (...), it does not bind the states. It is not res judicata.* » (Cour suprême (Israël), 15 septembre 2005, *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, § 56, disponible en ligne sur : https://www.refworld.org/cases,ISR_SC,4374aa674.html, dernière consultation : 28.11.2017 § 56.

⁵⁰ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, préc. note 47, p. 200, § 160. Sur les effets juridiques des avis, v. par ex. R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, pp. 1137-1139.

l'obligation de ne pas reconnaître une situation illicite née en violation des règles *de jus cogens* et de ne pas prêter aide et assistance à son maintien⁵¹. Comme le soulignait le professeur Georges Abi-Saab, l'avis « est un énoncé judiciaire faisant autorité et tranchant les questions soumises à la Cour »⁵². Ce qui s'impose n'est pas l'acte juridique en tant que tel, mais l'autorité et la précision des déterminations de droit, auxquelles la Cour est arrivée aux termes d'un raisonnement détaillé et motivé. Si Israël peut arguer que l'absence de mise en œuvre de l'avis n'est pas un fait internationalement illicite en soi, il n'en reste pas moins que la violation du droit international, constatée par la Cour, est un fait illicite continu.

22. La Cour suprême ne pouvait ignorer tout cet éventail de conséquences juridiques de l'avis. Pour les contrer, elle construit un argumentaire visant à priver l'avis de sa force de vérité légale. C'est une façon pour elle à la fois de s'adresser à la société internationale, et, plus modestement, de démontrer que sa jurisprudence *Beit Sourik* reste juste. Comme les deux juridictions étaient arrivés à des conclusions divergentes, par application du même droit matériel⁵³ à la même situation factuelle, les conclusions juridiques de l'une d'entre elles devaient être injustifiées. La Cour suprême excipe de deux arguments pour démontrer que la vérité est à Tel Aviv et l'erreur à La Haye : les preuves examinées par la CIJ étaient selon elle partiales⁵⁴ et la procédure suivie insuffisante car non contradictoire⁵⁵. Sur cette base, elle conclut au maintien de la jurisprudence *Beit Sourik*⁵⁶ et justifie ainsi son pouvoir de continuer à décider au cas par cas de la légalité de la construction du mur⁵⁷.

⁵¹ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, préc. note 47, pp. 199-200, §§ 154-159.

⁵² G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967, p. 75.

⁵³ Cette présomption d'identité du droit applicable (« *common normative foundations* »), sur laquelle la Cour suprême insiste (*Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, préc. note 49, §§ 58 ou 73), est toutefois inexacte. En effet, la CIJ a certes jugé de la licéité de la construction du mur au regard du droit international humanitaire, mais aussi du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, préc. note 47, p. 199, § 155). Or, la juridiction de Tel Aviv n'a fait aucune référence à cette norme fondamentale.

⁵⁴ « *Whatever the reason may be, the reality is that the ICJ based its opinion on a factual basis regarding impingement of Palestinian residents' rights, without the factual basis regarding the security-military justification for this impingement.* » (*Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, préc. note 49, § 65).

⁵⁵ « *In the proceedings before the ICJ, the injured parties did not participate. Israel was not party to the proceedings. There was no adversarial process, whose purpose is to establish the factual basis through a choice between contradictory factual figures.* » (*ibid.*, § 69).

⁵⁶ « *Our point of departure was that the basic normative foundation upon which the ICJ and the Supreme Court based their judgments is a common one. Despite that, the two courts reached different conclusions. The ICJ held, in its opinion, that the route of the wall contradicts international law (...). The Supreme Court in The Beit Sourik Case ruled in its judgment that a sweeping answer to the question of the legality of the fence according to international law should not be given, and that each segment of the fence route should be examined separately. (...) We asked ourselves: what is the explanation for this difference? We answered that question by saying that the difference stems from the factual basis that was laid before the ICJ, which was different from that which was laid before the Court in The Beit*

23. Le jugement ne tire donc aucune conclusion de l'avis de la CIJ et n'encourage pas à l'avenir le respect par Israël de ses obligations internationales, puisque la construction de nouveaux segments n'est entachée d'aucune présomption d'illicéité. Du point de vue de la réception judiciaire des avis de la CIJ, l'arrêt de 2005 est particulièrement malvenu. La Cour suprême s'arroge le pouvoir de contrôler la motivation de l'avis de la CIJ, ce qui en soi est problématique, car le contrôle de la motivation ne se conçoit qu'au sein d'un système juridictionnel hiérarchisé. La Cour suprême israélienne se comporte ici en instance d'appel des décisions de la CIJ. En outre, ce contrôle qui porte sur les preuves est un contrôle de fond, encore plus poussé que celui habituellement exercé par exemple à l'égard des décisions arbitrales⁵⁸.

24. La position des juridictions nationales est plus aisément compréhensible lorsqu'elle est resituée dans le contexte de la séparation interne des pouvoirs. L'engagement international de l'Etat est l'affaire des organes politiques et le juge ne saurait se substituer à elles. Il en va ainsi non seulement pour les engagements conventionnels primaires, mais aussi pour les obligations secondaires d'exécution des arrêts de la CIJ. Mais le raisonnement serait plus convaincant s'il se bornait à analyser les rôles respectifs des autorités publiques du point de vue de droit interne, car l'effet exécutoire des arrêts est bien une question d'autonomie constitutionnelle.

II. LA NÉGATION DU CARACTÈRE EXÉCUTOIRE DES DÉCISIONS DE LA CIJ DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE

25. Si les juridictions internes peuvent avoir des appréciations divergentes du caractère obligatoire des décisions de la CIJ, elles sont unanimes à considérer qu'elles ne produisent pas d'effet immédiat dans l'ordre juridique national. De ce point de vue, rien ne sépare les ordres de tradition dualiste ou de ceux de tradition moniste, si ce n'est peut-être la terminologie utilisée : là où le juge dualiste se réfère à la réception / incorporation interne des décisions de la CIJ, le juge de tradition moniste excipe de l'absence d'effet

Sourik Case. We also noted that the difference in the model of proceedings also contributed to the different results. (...) the ICJ's conclusion, based upon a factual basis different than the one before us, is not res judicata, and does not obligate the Supreme Court of Israel to rule that each and every segment of the fence violates international law. » (*ibid.*, §§ 73-74).

⁵⁷ « The Israeli Court shall continue to examine each of the segments of the fence, as they are brought for its decision and according to its customary model of proceedings » (*ibid.*).

⁵⁸ V. T. Einhorn, « Interpretation and Application of the New York Convention in Israel », in G. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, Cham, Springer, coll. « *Ius comparatum – Global Studies in comparative law* », 2017, pp. 523-560.

direct⁵⁹. Le résultat est dans les deux cas le même : les bénéficiaires ne peuvent invoquer devant le juge interne l'exécution des prestations que l'arrêt leur reconnaît (A). Mais si les autorités politiques ont adopté des mesures internes de mise en œuvre des décisions de la CIJ, le juge interne ne peut se limiter à rappeler le caractère non-exécutoire de ces dernières. Il s'estime compétent pour exercer un contrôle de validité des actes internes d'exécution, au regard notamment des normes constitutionnelles. C'est là l'apport le plus novateur et le plus problématique des décisions les plus retentissantes rendues par les cours suprêmes de plusieurs Etats durant la dernière décennie (B).

A. Les décisions de la CIJ, dépourvues d'efficacité immédiate dans les ordres juridiques internes

26. Rien de plus normal qu'un juge national qui s'interroge sur le fondement de l'applicabilité interne de telle ou telle source du droit international. C'est même le b.a.-ba des rapports de systèmes⁶⁰. Or, à quelques exceptions près⁶¹, les constitutions nationales sont muettes sur l'applicabilité interne des décisions des juridictions nationales, dont celles de la CIJ⁶². La marge d'appréciation du juge national devient alors extrêmement grande et les apports varient d'un ordre juridique à l'autre.

27. Certains juges insistent sur le fait que les décisions de la CIJ ne comptent pas parmi les sources internationales dont les constitutions nationales prévoient une application immédiate. La Cour constitutionnelle de Hongrie relève ainsi que « *the judgement of the International Court of Justice (...) is not considered a generally recognized principle of*

⁵⁹ Même cette séparation terminologique est faible, puisqu'il n'est pas rare que les juges monistes se réfèrent à l'incorporation et les juges dualistes à l'effet direct. V. A. Miron, *Le droit dérivé des organisations internationales de coopération dans les ordres juridiques internes*, thèse de doctorat, soutenue le 9 déc. 2014, Paris-Nanterre, pp. 202-212.

⁶⁰ L'application interne des décisions internationales est largement indifférente à la division entre systèmes monistes et dualistes. Dans le cadre de la présente étude, on évite de s'engager sur « ce pont aux ânes » (M. Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505), en renvoyant simplement aux analyses plus approfondies d'A. Gattini, « Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale », in *Unité et diversité du droit international – Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Brill, Nijhoff Publishers, 2014, spéc. pp. 262-267. Certains auteurs n'en font pas moins des lectures des arrêts internes significatifs imprégnées de cette distinction (v. R. Kolb, « The relationship between the international and municipal legal order: reflections on the decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court », *QIL*, 2014, pp. 5-16; J. Matringe, *op. cit. supra* note 26).

⁶¹ V. par ex. la Constitution de la République tchèque qui prévoit : « *The Constitutional Court shall rule on : ... i) measures essential for the implementation of a ruling by an international court, which is binding for the Czech Republic, unless it can be implemented in a different manner.* » (Art. 87-1 i) de la Constitution de 1992.

⁶² Pour une détermination de même nature, portant toutefois sur l'obligation de prendre en considération les arrêts au titre de leur autorité interprétative, v. *infra*, § 43.

international law, *neither such an obligation of international law as the obligations contained in international treaties that have become national law* »⁶³. Ni principe général de droit, ni traité international, l'arrêt de la CIJ ne bénéficie pas d'une reconnaissance constitutionnelle dans l'ordre juridique hongrois.

28. D'autres juges se demandent si la réception interne de la Charte des Nations Unies (et donc du Statut de la CIJ) ou du traité qui confère compétence à la Cour vaut incorporation automatique de l'arrêt. La réponse a été invariablement négative, ce qui montre qu'au regard de l'ordre juridique interne, les décisions de la CIJ relèvent d'une source de droit distincte des règles primaires qui sont le socle de sa compétence.

29. Ainsi, la Cour suprême des Etats-Unis a considéré que l'arrêt *Avena* de 2004 « *is not automatically binding domestic law because none of the relevant treaty sources – the Optional Protocol, the U. N. Charter, or the ICJ Statute – creates binding federal law in the absence of implementing legislation, and no such legislation has been enacted* »⁶⁴. Pour déterminer le caractère self-executing de l'arrêt, la Cour suprême n'interprète toutefois pas la décision elle-même⁶⁵, mais les textes qui fournissent la base de compétence de la CIJ et le caractère obligatoire de ses décisions. La Cour suprême conclut que le Congrès, en ratifiant ces textes, n'a pas entendu reconnaître à la CIJ un pouvoir d'adopter des décisions self-executing.

30. Dans la même veine, la Cour constitutionnelle colombienne a considéré que « [l]'article XXXI de la loi no 37 de 1971 'portant approbation du traité américain de règlement pacifique (pacte de Bogotá)' est conforme à la constitution, étant entendu que les *décisions de la Cour internationale de Justice* ayant trait à des différends frontaliers devront être *incorporées dans l'ordre juridique interne au moyen d'un traité dûment ratifié et approuvé conformément aux dispositions de l'article 101 de la Constitution* »⁶⁶.

⁶³ Cour constitutionnelle (Hongrie), arrêt préc. note 44, § 3.3.

⁶⁴ *Medellin v. Texas*, préc. note 35. L'arrêt *Breard v. Greene* du 14 avril 1998 laissait deviner la position de la Cour suprême. Dans cette affaire, la CIJ avait adopté une ordonnance en indication de mesures conservatoires, exigeant la suspension de l'exécution de *Breard* en attente de la décision sur le fond (*Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires*, ordonnance du 9 avril 1998, *Rec.* 1998, p. 248). La Cour suprême avait considéré que la mise en œuvre de l'ordonnance relevait du pouvoir exécutif de Virginie : « *If the Governor wishes to wait for the decision of the ICJ, that is his prerogative. But nothing in our existing case law allows us to make that choice for him.* » (*Breard v. Greene*, 523 U.S. 371 (1998), p. 378).

⁶⁵ Ce n'est que dans une note de bas de page que la Cour suprême s'intéresse à la position de la CIJ, en notant que « *nothing suggests that the ICJ views its judgments as automatically enforceable in the domestic courts of signatory nations.* » (*Medellin v. Texas*, préc. note 35).

⁶⁶ Cour constitutionnelle (Colombie), arrêt C-269/14 du 2 Mai 2014, préc. note 39, dispositif, italiques ajoutées.

31. Par ailleurs, les juridictions italiennes ont considéré que l'incorporation de la Charte des Nations Unies, et de son article 94 en particulier, « *oblige the national judge to comply with the Judgment of the ICJ* »⁶⁷. La position ainsi formulée par le juge de Florence a été reprise par la Cour de cassation⁶⁸ et puis par la Cour constitutionnelle elle-même :

« *The ICJ was established (Article 7) as the United Nations Organization's principal judicial organ (Article 92), whose decisions are binding on each Member State in any case to which it is a party (Article 94). This binding force produces effects in the domestic legal order through the Special Law of Adaptation (authorization to ratification and execution order).* »⁶⁹

32. Cela étant, le parlement italien a également adopté la loi n° 5/2013 qui, en sus d'autoriser la ratification et l'incorporation interne de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, obligeait le juge italien à se conformer à l'arrêt de la CIJ rendu dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*. La loi de 2013 offrait ainsi une base supplémentaire à l'incorporation des normes primaires relatives à l'immunité telle qu'appliquées par la CIJ, et de l'arrêt de celle-ci. Comme souligné par la Cour constitutionnelle elle-même :

« *This is essentially a provision of ordinary adaptation that executes the Judgment of the ICJ of 3 September 2012. (...) It requires that the judge declare ex officio at any stage of the proceeding their lack of jurisdiction, and also provides for an additional ground for the revision [revocazione] of final judgments when they conflict with the ruling of the ICJ.* »⁷⁰

33. C'est quelque peu paradoxal de voir des juges de tradition moniste comme aux Etats-Unis et en Colombie exiger l'incorporation spéciale des arrêts de la CIJ et les très dualistes juges italiens se contenter de l'incorporation générale de la Charte. Ceci montre, si besoin il en est, que le statut interne des décisions de la Cour n'est guère tributaire de cette dichotomie imparfaite entre les traditions juridiques.

B. Le contrôle de constitutionnalité des normes internes de réception

34. Plus problématique est l'hypothèse du juge interne qui contrôle les actes adoptés par les autorités politiques pour la mise en œuvre des arrêts de la CIJ. Tel fut le cas de la Cour suprême états-unienne dans son jugement du

⁶⁷ Cour constitutionnelle (Italie), 22 octobre 2014, Décision 238, § 2 (la traduction en anglais est disponible en ligne sur : https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf, dernière consultation : 02.12.2017).

⁶⁸ Arrêts n°32139/2012 and n°4284/2013 auxquels fait référence la décision 238, § 1.2.

⁶⁹ *Ibid.*, § 4.1, souligné par nous. Comp. avec la solution rendue par la Cour suprême du Ghana, au sujet de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du TIDM, dans l'affaire de l'Ara Libertad : « *Under a dualist approach, orders of the Tribunal cannot be binding on Ghanaian Courts, in the absence of legislation making the orders binding on Ghanaian Courts.* » (arrêt du 20 juin 2013, disponible en ligne sur : <https://pca-cpa.org/en/cases/65/>, dernière consultation : 30.11.2017).

⁷⁰ *Ibid.*, § 5.1.

25 mars 2008. *Medellín v. Texas*, de la Cour constitutionnelle italienne dans sa sentence n° 238 du 22 octobre 2014, et de la Cour constitutionnelle colombienne dans son arrêt 269/14 du 2 mai 2014. Si l'exécution des arrêts de la CIJ relève en principe du domaine de prédilection des autorités politiques, elle demeure soumise au respect de la constitution, norme suprême dans l'ordre interne de l'Etat de for. Les trois juridictions suprêmes ont conclu à l'invalidité des textes internes de réception ou, pour la dernière, fourni une interprétation harmonisatrice qui prive *in fine* l'arrêt de la CIJ de toute efficacité interne.

35. Dans *Medellín*, la Cour suprême devait déterminer si le Président des Etats-Unis⁷¹ pouvait exiger la réouverture des procès des personnes visées dans l'arrêt *Avena* de la CIJ, alors même que les lois des Etats fédérés ne le permettaient pas. Il s'agit donc d'une question de séparation des pouvoirs dans un système fédéral. L'argument mis en avant par l'exécutif était que ce pouvoir lui était conféré par les lois autorisant la ratification de la Charte des Nations Unies et le Protocole à la Convention de Vienne sur les relations consulaires sur lequel la CIJ avait basé sa compétence. Ayant déterminé que ces traités n'étaient pas *self-executing*, la Cour suprême a également jugé que « *the responsibility for transforming an international obligation arising from a non-self-executing treaty into domestic law falls to Congress, not the Executive. (...) The President may not rely upon a non-self-executing treaty to establish binding rules of decision that pre-empt contrary state law* »⁷². Le conflit de compétences entre les autorités internes était ainsi résolu au profit du Congrès.

36. Si la haute juridiction américaine était saisie de la constitutionnalité d'un acte de l'exécutif, la tâche de la Cour constitutionnelle italienne s'avérait encore plus délicate, car elle portait à la fois sur un contrôle de constitutionnalité des lois⁷³ et sur la conciliation de deux principes à valeur constitutionnelle (respect du droit international et respect des droits fondamentaux). Au principe de l'ouverture à l'ordre international, la Cour constitutionnelle oppose la théorie des contre-limites, fondées sur l'identité constitutionnelle : « *the tendency of the Italian legal order to be open to generally recognized norms of international law and international treaties is limited by the necessity to preserve its identity; thus, first of all, by the values enshrined in the Constitution* »⁷⁴.

⁷¹ Sur le mémorandum du Président, v. *supra*, note 36.

⁷² *Medellín v. Texas*, préc. note 35, p. 5.

⁷³ Deux lois étaient soumises à ce contrôle de constitutionnalité : la loi du 17 août 1957, portant incorporation interne de la Charte des Nations Unies, et la loi du 14 janvier 2013, portant ordre d'exécution de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*.

⁷⁴ Cour constitutionnelle (Italie), 22 octobre 2014, Décision 238, préc. note 67, §1.

37. La sentence n° 238 ayant été abondamment commentée par la doctrine⁷⁵, on peut se contenter d'en résumer le raisonnement en quelques lignes. La Cour constitutionnelle a affirmé la supra-constitutionnalité (ou en tout cas le caractère intangible) des droits fondamentaux, notamment du droit d'accès au juge prévu par la Constitution italienne (articles 2 et 24). Sur ce fondement unique, elle a conclu à l'inconstitutionnalité de :

- l'article 3 de la loi du 14 janvier 2013, portant ordre d'exécution de l'arrêt de la CIJ ;

- de l'article 1 de la loi du 17 août 1957, portant incorporation interne de la Charte des Nations Unies, mais « *so far as it concerns the execution of Article 94 of the United Nations Charter, exclusively to the extent that it obliges the Italian judge to comply with the Judgment of the ICJ of 3 February 2012* » ;

- l'absence d'incorporation de la norme internationale de droit coutumier qui prévoit l'immunité des Etats en cas de procédures civiles en réparation pour des violations de normes de *jus cogens*.

38. En réalité, la Cour exerce trois types de contrôle de constitutionnalité, taillés sur mesure pour empêcher que l'arrêt de la CIJ ne produise d'effet dans l'ordre interne : un contrôle du contenu de l'arrêt, qui conduit à l'annulation partielle de la loi de 2013 ; un contrôle très tardif des effets de la loi de 1957, qui prive partiellement d'effet l'article 94 de la Charte, pour autant qu'il s'applique à l'arrêt *Immunités juridictionnelles* ; et enfin un contrôle de l'incorporation des normes coutumières, telles que dégagée par la CIJ dans ce même arrêt, qui sont ainsi expulsées de l'ordre juridique italien. Ce n'est pas le bien-fondé du postulat d'intangibilité des droits fondamentaux qui déconcerte l'analyste, mais le mécanisme de la création jurisprudentielle de catégories normatives nouvelles (les normes supra-constitutionnelles ou intangibles) qui a pour objectif de neutraliser, dans un cas d'espèce, les règles préexistantes de conflit entre les normes.

39. De la même manière, le juge constitutionnel colombien crée, au sein de la constitution, une catégorie intangible, l'article 101 relatif à l'intégrité territoriale. Ce dernier est « investi d'une *suprématie générale* sur toute autre

⁷⁵ V. par ex. la série d'analyses par R. Kolb, P. de Sena, C. Pinelli, P. Palchetti, dans un zoom out spécial de la revue en ligne *Questions de droit international, Colliding Legal Systems or Balancing of Values? Constitutional Customary Law on State Immunity vs Fundamental Constitutional Principles in the Italian Constitutional Court Decision No 238/2014*, 16 déc. 2014 ; v. aussi la note de B. Conforti, « La cour constitutionnelle italienne et les droits de l'homme méconnus sur le plan international », *RGDIP*, 2015, vol. 119, n°2, pp. 353-359 ; B. Bonafé, « Et si l'Allemagne saisissait à nouveau la Cour internationale de Justice ? », *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014-5, pp. 1049-1054 ; G. Boggero, « The Legal Implications of Sentenza n°238/2014 by Italy's Constitutional Court for Italian Municipal Judges: Is Overcoming the "Triepelian Approach" Possible? », *ZaöRV*, 2016, vol. 76, pp. 203-224.

norme ou ordonnance et une présomption d'inconstitutionnalité pèse sur toute disposition susceptible d'en restreindre, limiter, affecter ou entraver l'application »⁷⁶. Cette création est nécessaire pour tenir en échec le principe *pacta sunt servanda*, qui lui aussi a un « statut constitutionnel »⁷⁷. Son contrôle de compatibilité prend la forme d'une directive d'interprétation harmonisatrice (neutralisante, ou conforme) entre normes constitutionnelles⁷⁸. Le juge colombien en conclut que l'incorporation interne du Pacte de Bogotá et du principe de *pacta sunt servanda* sont valides constitutionnellement, à condition que l'arrêt *Différend territorial et maritime* de la CIJ soit incorporé dans l'ordre interne par le biais d'une loi autorisant la ratification d'un traité de frontières entre la Colombie et le Nicaragua, traité qui reste encore à conclure, et dont il espère qu'il modifiera le sens de l'arrêt⁷⁹. Cette réserve d'interprétation permet, selon le juge colombien, « simultanément i) de reconnaître le caractère contraignant des décisions rendues par une juridiction internationale en application de traités préalablement conclus, approuvés et ratifiés par la Colombie, et ii) de respecter l'obligation d'incorporer dans l'ordre juridique interne les modifications apportées aux frontières, qui incombent aux pouvoirs exécutif et législatif, conformément aux dispositions de l'article 101 de la Constitution »⁸⁰. Les apparences du respect du droit international sont ainsi sauvées, même si l'arrêt de la CIJ reste inappliqué par la Colombie en attendant la conclusion de cet hypothétique traité de frontières.

III. L'AUTORITÉ INTERPRÉTATIVE DES DÉCISIONS LA CIJ, ENTRE RECONNAISSANCE ET REJET

40. Tout en refusant de devenir des agents d'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice, les juridictions nationales disent leur déférence à l'égard de ses interprétations du droit conventionnel et de ses déterminations de droit coutumier. De ce point de vue, la jurisprudence de la CIJ serait en effet

⁷⁶ *Ibid.*, italiques ajoutées.

⁷⁷ *Ibid.*, § 9.6.

⁷⁸ Selon les termes de la décision, « un devoir d'harmonisation qui s'oppose à ce que l'un ou l'autre de ces principes prévale de façon inconditionnelle et exige que tous deux soient appliqués dans la plus grande mesure possible. (...) Du fait de la constitutionnalisation de ces principes de droit international, la reconnaissance de la force contraignante des traités auxquels la Colombie est partie et la bonne foi dans l'exécution par celle-ci de ses obligations sont des prescriptions souveraines du pouvoir constituant et l'expression de la suprématie de la Constitution. De ce point de vue, la contradiction éventuelle entre des normes constitutionnelles particulières et l'obligation d'appliquer les traités internationaux ne saurait être qualifiée d'insoluble, puisque toutes ces normes ont le statut de principes fondamentaux dans l'ordre constitutionnel et qu'il revient à l'interprète de la Constitution d'en assurer l'harmonisation. » (Cour constitutionnelle (Colombie), arrêt C-269/14 du 2 Mai 2014, préc. note 39, §§ 9.6-9.7).

⁷⁹ V. *supra*, § 17.

⁸⁰ Cour constitutionnelle (Colombie), arrêt du 2 Mai 2014, n° C-269/14, préc. note 39, § 9.11.

un « *authoritative pronouncement on the law* »⁸¹. Cela étant, il convient de nuancer. Les juges internes rejettent néanmoins systématiquement le caractère définitif et incontestable des déterminations de droit par la Cour. La nature et la portée de l'autorité interprétative ne sont ainsi guère aisées à systématiser : si l'autorité interprétative est certainement distincte de la *res interpretata* (A.), ses effets positifs sont plus difficiles à jauger (B.).

A. Une déférence réservée : entre prise en considération de et conformité à l'interprétation internationale

41. La Cour suprême d'Israël, après avoir rejeté la force de vérité légale de l'avis sur le *Mur*⁸², a tenu à rappeler dans sa décision *Mara'abe* du 15 septembre 2005 que « *the opinion of the International Court of Justice is an interpretation of international law, performed by the highest judicial body in international law. The ICJ's interpretation of international law should be given its full appropriate weight (...) [T]he Supreme Court of Israel shall give the full appropriate weight to the norms of international law, as developed and interpreted by the ICJ in its Advisory Opinion* »⁸³. Cette déférence était d'autant plus aisée à affirmer que, dans ses décisions antérieures, la Cour suprême avait adopté elle-même des déterminations du droit international humanitaire qui se rapprochaient de celles de la CIJ. En revanche, en s'appuyant sur les opinions dissidentes des juges de la CIJ, ainsi que sur les écrits de la doctrine internationaliste, la Cour suprême a mis en doute les conclusions relatives à l'impossibilité d'invoquer la légitime défense en cas d'attaque terroriste⁸⁴. Mais cette contestation de l'autorité interprétative était sans conséquence dans le cas d'espèce, puisque la Cour suprême n'entendait pas se prononcer sur l'excuse de légitime défense pour justifier la construction du mur.

42. Dans le système juridique états-unien, l'arrêt *Sanchez-Llamas v. Oregon*, rendu par la Cour suprême le 28 juin 2006, fixe les limites de l'autorité interprétative des arrêts de la CIJ. L'affaire s'inscrit dans la saga des décisions portant sur la violation des droits consulaires par les polices fédérées. *Sanchez-Llamas* n'étant pas parmi les 51 personnes nommément identifiées dans l'arrêt *Avena* de 2004, la Cour suprême n'était pas encore confrontée à la question d'exécution de l'arrêt – elle le sera deux ans après dans l'affaire *Medellin*⁸⁵ – mais à celle de savoir si la révision et le réexamen

⁸¹ R. Higgins, *Problems and Processes: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 202-203.

⁸² V. *supra*, Section I.B.

⁸³ Cour suprême (Israël), *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, préc. note 49, pars. 56 et 74.

⁸⁴ « *This approach of the International Court of Justice at the Hague is not incontestable (...) We find this approach of the International Court of Justice hard to come to terms with* » (*ibid.*, § 23).

⁸⁵ Discuté *supra*, pars. 16-17.

des verdicts de culpabilité s'imposaient comme la seule forme de réparation des violations des droits consulaires. La Cour suprême a adopté une position de principe selon laquelle :

« *Nothing in the ICJ's structure or purpose suggests that its interpretations were intended to be binding on U.S. courts. Even according respectful consideration, the ICJ's interpretation cannot overcome the plain import of Article 36(2), which states that the rights it implements shall be exercised in conformity with the laws ... of the receiving State.* »⁸⁶

43. La position de la Cour suprême de Washington contraste singulièrement avec celle de la Cour de Karlsruhe, qui quelques mois après, dans une affaire portant toujours sur la Convention de Vienne sur les relations consulaires, avait exprimé la plus haute déférence aux interprétations de la CIJ. Puisque dans *LaGrand* et *Avena*, la CIJ avait considéré que les autorités policières étaient tenues au respect des droits consulaires, la Cour constitutionnelle allemande devait décider si un revirement de sa jurisprudence antérieure – plus restrictive – s'imposait. Elle a d'abord identifié le principe de coopération internationale de l'article 24 de la Constitution comme constituant le fondement constitutionnel de l'obligation de prendre en compte la jurisprudence internationale :

« *Only insofar as the Constitutional Act places organs of state directly in the service of implementing international law (...) can a directly constitutional and enforceable duty be said to exist on the German authorities to take account of decisions of the relevant international court, even when interpreting constitutional rights. The duty of the specialist courts to take into account the jurisprudence of the International Court of Justice on the Consular Convention therefore arises from the principle of the conformity of the Constitutional Act with international law, in conjunction with the binding nature of jurisprudence on statute and customary law (Art.20(3) and Art. 59 (2)), which welcome the decisions of an international court established under international law, in accordance with the substance of the incorporated international treaty.* »⁸⁷

44. De ces principes d'ouverture à l'ordre international, la Cour a dégagé une obligation constitutionnelle d'interprétation conforme : « *From this a direct constitutional duty arises for German courts to take notice of and apply relevant judgments of international courts with jurisdiction over Germany* »⁸⁸. La Cour faisant référence à la fois à la prise en considération et à l'application des arrêts, on peut considérer que le principe d'ouverture (ou de coopération internationale) est un fondement unique pour les deux.

⁸⁶ Cour suprême (Etats-Unis), arrêt du 28 juin 2006, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

⁸⁷ Cour constitutionnelle (Allemagne), décision du 19 septembre 2006, *German Consular Notification Case, F v. T*, 2 BvR 2115/01, *ILDC* 668 (DE 2006), souligné par nous.

⁸⁸ *Ibid.*

45. Un dernier exemple de déférence à l'autorité interprétative de la CIJ est fourni par la Cour constitutionnelle italienne, qui, dans sa décision n° 238 de 2014 a considéré que la conclusion de la CIJ, selon laquelle il n'existait pas d'exception à la règle de l'immunité de l'Etat pour des actes de *jure imperii*, même lorsque ceux-ci violaient le *jus cogens*, s'imposait aux juges internes italiens. Les règles coutumières étant d'origine internationale, la détermination de leur contenu incombe aux organes de l'ordre juridique international :

« International custom is external to the Italian legal order, and its application by the government and/or the judge, as a result of the referral of Article 10, para. 1 of the Constitution, must respect the principle of conformity, i.e. must follow the interpretation given in its original legal order (...) In this case, the relevant norm has been interpreted by the ICJ (...). It has to be recognized that, at the international law level, the interpretation by the ICJ of the customary law of immunity of States from the civil jurisdiction of other States for acts considered *jure imperii* is particularly qualified and does not allow further examination by national governments and/or judicial authorities, including this Court. »⁸⁹

B. Conséquences et limites de l'autorité interprétative

46. Il est difficile de schématiser l'autorité des déterminations de droit par la CIJ. Comme on a pu le constater dans les paragraphes précédents, les juridictions nationales rejettent généralement le caractère obligatoire des déterminations de droit par la Cour de La Haye. En réalité, elles n'ont pas vocation à l'être, puisque le droit international n'est pas un système de la *stare decisis*⁹⁰. En déniaut le caractère obligatoire, les juges internes réaffirment surtout leur pouvoir de décider en dernier lieu du sens à donner à la règle de droit, fût-elle d'origine internationale. Les interprétations de la CIJ n'étant pas décisives pour le juge interne, leur autorité relève de la force de persuasion, et non pas de l'autorité de la *res interpretata*. Les juges internes ont un devoir de les prendre en considération et non pas une obligation de les suivre. La terminologie utilisée est d'ailleurs significative : « *full appropriate weight* » pour la Cour suprême d'Israël⁹¹, « *respectful consideration* » pour la Cour suprême des Etats-Unis⁹², « *duty to take into account* »⁹³ pour la Cour de Karlsruhe. Seule la Cour constitutionnelle italienne a affirmé un devoir de suivre l'interprétation⁹⁴, tout en rejetant sur le fond l'obligation de mettre en œuvre la *res judicata*⁹⁵ – un résultat paradoxal, il faut en convenir.

⁸⁹ Cour constitutionnelle (Italie), décision du 22 octobre 2014, n°238, préc. note 67, § 3.1, souligné par nous.

⁹⁰ V. *supra* § 3.

⁹¹ V. *supra*, § 41.

⁹² V. *supra*, § 42.

⁹³ V. *supra*, § 43.

⁹⁴ V. *supra*, § 0.

⁹⁵ V. *supra*, §§ 37-3839.

47. La Cour internationale de Justice a beau être la juridiction la plus importante du système des Nations Unies, son interprétation ne s'impose pas du seul fait de l'autorité de l'organe. La force persuasive est opérationnelle lorsque la CIJ se montre convaincante dans son raisonnement interprétatif. La motivation exemplaire est un ingrédient indispensable. Mais il est rare qu'on puisse reprocher à la Cour de La Haye des manquements criants à la méthodologie consacrée d'interprétation de la règle conventionnelle ou de détermination de la règle coutumière. Si les juges internes s'affirment compétents pour contrôler la justesse de l'interprétation, il faudrait qu'ils fassent preuve de la même rigueur méthodologique pour que leur argumentaire soit audible sur le plan international. C'est rarement le cas, et c'est normal, car « le juge interne a ses repères culturels, ses croyances, ses idiosyncrasies à côté de ses compétences techniques »⁹⁶. Les règles d'interprétation font partie de ces spécificités culturelles et juridiques. Plus troublantes sont les situations où, sous couvert d'interprétation conventionnelle, les juges internes promeuvent une vision unilatérale du droit international.

48. Surtout, la force persuasive n'est opérationnelle que si les juges internes se montrent sensibles aux vertus de la prise en considération. La première fonction de la prise en considération interprétative est préventive, car elle vise à éviter que l'Etat encoure le risque de violation du droit international en suivant une mauvaise appréciation de la règle de droit⁹⁷. La seconde fonction de l'interprétation conforme est systémique, car, au nom de la sécurité juridique, elle vise à promouvoir une conception harmonisée des règles de droit international, même lorsqu'elles sont appliquées dans l'ordre juridique interne. C'est du reste une fonction habituellement mise en avant lorsque des juges font référence à une jurisprudence autre que la leur⁹⁸. Or, les juges internes se montrent plus enclins à se référer aux interprétations de la CIJ

⁹⁶ A. Gattini, *op. cit.* note 60, p. 271.

⁹⁷ La Cour de Karlsruhe a exprimé cette fonction de l'interprétation conforme en termes particulièrement limpides : « *It is an expression of the importance attached to international law by the Constitutional Act that the latter must be interpreted where possible in such a way that no conflict arises with the obligations of the Federal Republic of Germany under international law.* » La Cour a aussi noté que l'autorité interprétative est *erga omnes* : « *If the duty of respectful consideration of the precedents of the International Court of Justice were to be limited to those case in which Germany participated, it would not be possible to prevent conflict from arising regularly between the international law obligations of the Federal Republic of Germany and domestic law in the context of the de facto precedence of its decisions.* » (German Consular Notification Case, préc. note 86, § 62).

⁹⁸ La CIJ elle-même l'avait mise en avant pour expliquer son renvoi à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme ou des cours régionales des droits de l'homme (La Cour doit « accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les Etats tenus au respect des obligations conventionnelles. » (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 30 novembre 2010 (fond), *Rec.* 2010, p. 664, § 66).

lorsque celles-ci n'affectent pas immédiatement la position juridique de l'Etat du for (à savoir lorsque celui-ci n'est pas partie à la procédure ou qu'il a prévalu dans une affaire devant la Cour). Dans ces hypothèses, la référence à la jurisprudence internationale relève d'un acte volontaire et sélectif : en effet, les juges internes choisiront de mentionner les décisions de la CIJ si elles confortent leur propre interprétation⁹⁹.

49. En réalité, pour les juges internes, le risque de violation par l'Etat de ses obligations internationales reste une préoccupation secondaire, le plus important étant la préservation des spécificités constitutionnelles du for. Certes, le juge interne doit fidélité au système constitutionnel dont il est un organe et si la mise en œuvre heurte les principes constitutionnels, il se doit de défendre ceux-là en premier lieu. Mais le juge suprême participe grandement à la définition de ces spécificités constitutionnelles. L'ouverture à l'ordre juridique international, parfois intégrée parmi les valeurs constitutionnelles, est rarement effective, s'agissant de l'application interne des arrêts de la CIJ, puisque dans les arrêts de principe des dernières décennies, les juges suprêmes ont souvent fait le choix de les méconnaître. Il s'agit sans doute de *hard cases*, de ceux dont Justice Holmes disait que « *they make bad law* »¹⁰⁰. En fin de compte, les choix opérés par la Cour suprême des Etats-Unis, par celle d'Israël, par les cours constitutionnelles colombienne et italienne placent l'Etat du for dans la position d'un violateur en série (*serial violator*) de la *res judicata*¹⁰¹ et même plus largement du droit international dont elles choisissent de méconnaître le sens. Pour s'en excuser, certains juges, à l'instar du juge constitutionnel italien, mettent en avant le respect des valeurs supérieures comme le respect des droits fondamentaux, en exhortant l'ordre international à tendre vers l'idéal de leur protection absolue. Mais c'est ignorer que le droit international n'a jamais progressé par des coups d'éclat unilatéraux. C'est aussi oublier que l'exécution de bonne foi des arrêts est la condition *sine qua non* de la confiance dans le système juridictionnel comme moyen de règlement pacifique des différends.

⁹⁹ Pour la Cour suprême des Etats-Unis, v. les exemples donnés par le Juge Breyer dans son opinion dissidente dans *Sanchez-Llamas*, préc. note 85. Pour d'autres exemples, v. E. Castellarin, « L'emploi du précédent jurisprudentiel international dans le cadre du contrôle de constitutionnalité », in SFDL, Colloque de Strasbourg, *op. cit.* note 10, pp. 405-418.

¹⁰⁰ « For great cases are called great, not by reason of their importance... but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment. » (*Northern Securities case v. US*, 193 U.S. 197 (1904)).

¹⁰¹ La dernière et cinquième violation de l'arrêt *Avena* par les Etats-Unis résulte de l'exécution de *Cárdenas Ramírez*, en novembre 2017 (suspension de l'exécution refusée par la Cour suprême le lendemain de son dépôt, sans aucune motivation : *Ruben Cardenas Ramirez*, 9 nov. 2017, 583 U.S. 2017 ; v. aussi Gouvernement du Mexique, Communiqué de presse n°412, 9 nov. 2017, *Mexico Condemns Texas Execution of Mexican Citizen Rubén Cárdenas Ramírez*, disponible en ligne sur : <https://www.gob.mx/sre/prensa/123886>, dernière consultation : 01.12.2017).