

Ce texte est paru dans :  
 Lagrange, Évelyne/Hamann, Andrea/Sorel, Jean-Marc (sous la direction de),  
*Si proche, si loin: la pratique du droit international en France et en Allemagne* ;  
 Paris (Société de législation comparée) 2012, p. 149-166

## **Le rôle des juridictions nationales pour l'application effective du droit international**

*Thomas Groh<sup>1</sup>*

Les juridictions appliquent le droit en vigueur sur le territoire de leur pays. Ceci comprend non seulement le droit national mais aussi, au moins dans certaines limites, le droit international et européen. Compte tenu de ce que la constitution allemande, la Loi fondamentale de 1949, se distingue par une ouverture remarquable au droit international – tant la Cour constitutionnelle fédérale que la doctrine allemande reconnaissent que le caractère favorable au droit international (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) de la Loi fondamentale constitue un principe de valeur constitutionnelle<sup>2</sup> –, on est en droit de s'attendre à ce que les juridictions allemandes appliquent de manière particulièrement effective le droit international. L'observateur allemand habitué à cette optique ne peut qu'être frappé par l'importance que les juridictions françaises attachent aux conventions internationales dans les litiges qu'elles sont appelées à trancher. En effet, ces conventions et notamment la Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) jouent un rôle beaucoup plus grand devant les juridictions françaises que devant les juridictions allemandes<sup>3</sup>. Qui plus est, les juridictions françaises n'hésitent pas à écarter l'application d'une loi contraire à une convention internationale même si la loi est postérieure à la convention ; elles exercent ainsi une compétence dont les juridictions allemandes ne disposent pas.

Pourquoi cette différence remarquable entre l'importance des conventions internationales en France, d'un côté, et en Allemagne, de l'autre ? Cette contribution, qui se limite au droit international à l'exclusion du droit de l'Union européenne et qui ne traitera que les conventions internationales (au sens de l'article 38 al. 1 a) du Statut de la Cour internationale de Justice), tente de démontrer que les explications « faciles », à savoir la différence entre les positions théoriques – moniste ou dualiste – prédominantes dans les deux pays pour décrire les rapports entre le droit international et le droit interne ainsi que le rang que chacun des deux ordres juridiques attribue, en son sein, aux conventions internationales, ne fournissent pas de réponses satisfaisantes à cette question (§ 1). En revanche, l'attrait pour les particuliers de l'invocation des conventions internationales devant les juridictions nationales est déterminant, comme en témoigne de manière exemplaire l'analyse de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) introduite en France en

<sup>1</sup> Wissenschaftlicher Assistent, Dr. iur. ; Juristische Fakultät, Technische Universität Dresden.

<sup>2</sup> BVerfGE [Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle] 6, p. 309 (362) ; 123, p. 267 (345) ; A. Bleckmann, « Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung », *Die Öffentliche Verwaltung*, 1996, pp. 136-145 ; M. Payandeh, « Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2009, pp. 465-502 ; v. aussi les contributions dans T. Giegerich (Hrsg.), *Der « offene Verfassungsstaat » des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, notamment D. Richter, « Völkerrechtsfreundlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Die unfreundliche Erlaubnis zum Bruch völkerrechtlicher Verträge », pp. 159-178, et F. Schorkopf, « Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », pp. 131-157.

<sup>3</sup> M. Fromont, « Die Verfassungsmäßigkeitskontrolle in Deutschland und Frankreich », *Die Öffentliche Verwaltung*, 2003, pp. 542-545 (544) ; M. Fromont, « Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der französischen Rechtsordnung », *Die Öffentliche Verwaltung*, 2005, pp. 1-10.

mars 2010. Dans la mesure où un Etat prévoit, dans son ordre juridique, de tels « attraits », matériels ou procéduraux, il encourage ses juridictions à exercer une fonction primordiale pour l'application effective du droit international ; en leur permettant de ce faire, il leur attribue le rôle de *juridictions internationales de droit commun* (§ 2).

### §1 Le caractère insatisfaisant des explications « faciles »

En n'analysant que les théories et les textes constitutionnels, on trouve rapidement des explications pour le rôle remarquable que jouent les conventions internationales devant les juridictions françaises. La France n'est-elle pas un pays traditionnellement moniste tandis qu'en Allemagne, le dualisme est prédominant ? Et la Constitution française n'attribue-t-elle pas un rang supra-législatif aux conventions internationales tandis qu'en Allemagne, ces dernières n'ont qu'un rang égal aux lois ? Or, il vaut mieux se méfier des explications (prétendument) faciles. En effet, une analyse plus approfondie démontre qu'aucun de ces deux aspects ne fournit une explication satisfaisante pour la question posée.

#### *A Monisme, dualisme, pluralisme ? – La pratique ignore la théorie*

L'analyse des rapports entre le droit international et le droit interne a longtemps pris pour point de départ la dichotomie théorique entre monisme et dualisme<sup>4</sup>. Récemment, des conceptions pluralistes ont été ajoutées (ou, plus précisément, ont absorbé la position dualiste car celle-ci n'est, en fin de compte, qu'une position pluraliste qui se limite à décrire les rapports entre deux ordres juridiques seulement<sup>5</sup>). Avant d'analyser les conséquences pratiques de ces positions pour l'application des conventions internationales, il importe de se demander quelle position est prédominante en Allemagne et laquelle l'est en France.

#### 1 Les positions théoriques prédominantes

S'agissant de l'Allemagne, la situation est assez claire. La Cour constitutionnelle fédérale à Karlsruhe, le *Bundesverfassungsgericht*, a opté de manière expresse pour une position dualiste<sup>6</sup> ; la grande majorité de la doctrine adhère, elle aussi, au dualisme<sup>7</sup>. Bien qu'on ait récemment pu constater un certain progrès des positions monistes<sup>8</sup>, ceci n'a pas (encore) remis en question la prédominance pour le dualisme en Allemagne.

En ce qui concerne la France, les choses ne semblent pas aussi simples. Certes, la France est traditionnellement considérée comme un pays adhérant à la position moniste<sup>9</sup>. On peut cependant

<sup>4</sup> K. Doehring, *Völkerrecht*, 2<sup>e</sup> éd., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, n° 697 ; T. Stein/C. von Buttlar, *Völkerrecht*, 12<sup>e</sup> éd., Carl Heymanns Verlag, Köln/München, 2009, n° 175.

<sup>5</sup> En ce sens déjà W. Rudolf, *Völkerrecht und deutsches Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1967, S. 129.

<sup>6</sup> BVerfGE 111, p. 307 (318).

<sup>7</sup> V. U. Fastenrath/T. Groh, « Artikel 59 – Völkerrechtliche Vertretung », in K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2007, n° 92 ; R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Verlag C. H. Beck, München, 2010, p. 15. Pour une position dualiste très décidée, v. p. ex. C. Hillgruber, « § 32. Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung », in J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat*, 3<sup>e</sup> éd., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, n° 116.

<sup>8</sup> J. Kokott, « Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, De Gruyter, Berlin/New York, 2004, p. 7-40 (21 et s.) ; v. aussi M. Nettesheim, « Art. 59 », in T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2009, n° 172.

<sup>9</sup> L. Favoreu/P. Gaïa/R. Ghevontian/J.-L. Mestre, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2002, n° 212 ; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1998, § 417.

douter de cette qualification<sup>10</sup>. Si elle est fondée sur le paragraphe 14 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel la France, « fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international », ou sur l'article 55 de la Constitution de 1958 qui se contente de déterminer le rang des conventions internationales au sein de l'ordre juridique français sans demander un acte spécifique de réception pour ces conventions, les rapports entre le droit international et le droit interne ne sont pas déterminés par le droit international, mais par le droit constitutionnel français<sup>11</sup>. Si on ne veut pas réduire l'effet de ces textes à une simple réitération de principes provenant « en vérité » du droit international, on doit conclure à une interprétation dualiste – ou bien à un monisme avec primauté du droit (constitutionnel) national<sup>12</sup>. Toutefois, aucune de ces deux hypothèses ne pourrait expliquer la différence entre la pratique des juridictions françaises et celle des juridictions allemandes en matière d'application des conventions internationales.

## 2 Les conséquences pratiques des positions théoriques

Même si on acceptait que les ordres juridiques allemand et français partent de positions théoriques différentes, les conséquences de ce constat sont beaucoup moins importantes que ne pourrait le faire croire l'opposition du monisme au dualisme sur le plan théorique. En effet, il n'existe ni une position moniste unique ni un point de vue dualiste qui pourrait prétendre être le seul qui existe. Dans la gamme des positions diverses adoptées en matière de rapports entre le droit international et le droit interne, les versions « pures » du monisme et du dualisme sont rarement défendues de nos jours, tandis que les positions intermédiaires ou « tempérées » sont favorisées<sup>13</sup>. Ainsi, un moniste peut reconnaître que toutes les dispositions du droit international ne sont pas automatiquement applicables sur le territoire national et qu'une disposition nationale qui n'est pas conforme au droit international n'est pas de ce seul fait invalide. De son côté, un dualiste peut bien admettre que les effets juridiques du droit interne ne peuvent pas être appréciés correctement sans tenir compte de l'état actuel du droit international, et que l'interprétation d'une disposition du droit international a des incidences sur celle d'une disposition nationale ayant un contenu similaire. Il s'ensuit que le choix parmi les différentes positions théoriques ne détermine pas dans quelle mesure et comment les juridictions nationales tiennent compte des conventions internationales dans leur pratique<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> A. Pellet, « Vous avez dit 'monisme' ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in D. de Béchillon/P. Brunet/V. Champeil-Desplats/E. Millard (coord.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 827-857 (827 et s.).

<sup>11</sup> P. Daillier/A. Pellet, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., L. G. D. J., Paris, 2002, n° 182.

<sup>12</sup> Dans ce sens, E. Decaux, « Le régime du droit international en droit interne », *Revue internationale de droit comparé*, 2010, pp. 467-505 (469 : « Le 'monisme' français est donc un faux monisme, ou plutôt un 'monisme' hiérarchisé, la source première de toute norme juridique étant la Constitution [...] »).

<sup>13</sup> H. Butzer/J. Haas, « Artikel 59 », in B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/A. Hopfauf (Hrsg.), *GG. Kommentar zum Grundgesetz*, 12<sup>e</sup> éd., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2011, n° 111 ; R. Geiger, *op. cit.* (note 6), p. 14 ; O. Rojahn, « Art. 25 », in I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Art. 20-69)*, 5<sup>e</sup> éd., Köln, Verlag C. H. Beck, Köln, 2001, n° 4.

<sup>14</sup> Pour le rapprochement des résultats pratiques, v. U. Fastenrath/T. Groh, *op. cit.*, n° 94 ; P. Kunig, « Völkerrecht und staatliches Recht », in W. Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5<sup>e</sup> éd., De Gruyter, Berlin/New York, 2010, n° 36 ; D. Sloss, « Treaty Enforcement in Domestic Courts », in D. Sloss (ed.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 1-60 (7 et s.) ; T. Stein/C. von Buttlar, *op. cit.* (note 3), n° 175.

*B Du rang formel au rang réel : la place attribuée aux conventions internationales en pratique*

Quelle que soit la position théorique adoptée par un système juridique – moniste ou dualiste –, c'est normalement la constitution nationale qui détermine le rang que se voient attribuer les règles du droit international par rapport aux dispositions du droit interne. A cet égard, les textes en France et en Allemagne – et, par conséquent, le rang formel conféré aux conventions internationales – sont bien différents. Pourtant, les résultats pratiques qui déterminent le rang réel de ces conventions ne se distinguent que dans des hypothèses très spécifiques et assez limitées.

1 Les textes constitutionnels français et allemand qui déterminent le rang formel des conventions internationales

L'article 55 de la Constitution française dispose que les conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve de réciprocité, c'est-à-dire de leur application par la ou les autre(s) partie(s)<sup>15</sup>. Cette disposition est interprétée comme règle de conflit (et non pas comme compétence négative du législateur), si bien que la conformité d'une loi à une convention internationale n'est pas une question de constitutionnalité. Par conséquent, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour vérifier la conventionnalité d'une loi s'il est appelé à en contrôler la constitutionnalité<sup>16</sup>. Cette vérification incombe alors aux juridictions judiciaires et administratives qui contrôlent, respectivement depuis les célèbres arrêts *Société des cafés Jacques Vabre*<sup>17</sup> et *Nicolo*<sup>18</sup>, la conventionnalité des lois ; dans l'hypothèse où une loi est contraire à une convention internationale, elles écartent son application. A première vue, la hiérarchie consacrée par l'article 55 semble donc être une raison principale pour l'importance que revêtent les conventions internationales dans la pratique des juridictions françaises, et ceci notamment si on la confronte au texte de la Loi fondamentale.

En effet, celle-ci reste muette quant au rang que les conventions occupent au sein de l'ordre juridique allemand. Ce silence est d'autant plus surprenant que la Constitution allemande détermine le rang des règles générales du droit international public, à savoir de la coutume et des principes généraux de droit (pourvu qu'ils soient reconnus au-delà de l'échelle régionale) ; en vertu de l'article 25 de la Loi fondamentale, ces normes jouissent d'un rang supra-législatif (et créent d'ailleurs directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral). Face à l'absence d'une disposition similaire pour le droit international conventionnel, le *Bundesverfassungsgericht*, suivi presque unanimement par la doctrine, estime que le rang d'une convention par rapport aux normes de droit interne est déterminé par l'acte qui ordonne la

<sup>15</sup> La condition de réciprocité n'est toutefois pas appliquée aux conventions dont les obligations s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties (CC, décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, consid. 12), ce qui est vrai notamment pour les conventions protégeant les droits de l'Homme (v. aussi l'article 60 al. 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Elle ne s'applique pas non plus au droit de l'Union européenne, qui exige en effet d'être appliqué même si un autre Etat membre manque à ses obligations (CJCE, arrêt du 26 février 1976, *Commission c. Italie*, Rec. p. 277, pt. 11).

<sup>16</sup> Décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* ; confirmée par la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*. – Dans des procédures ayant un autre objet que le contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel n'hésite pourtant pas à contrôler la conventionnalité d'une loi ; v. p. ex. CC, décision n° 88-1082/1117 du 21 octobre 1988, *A. N., Val d'Oise (5ème circ.)*, consid. 5.

<sup>17</sup> Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, D. 1975, Jur., p. 497.

<sup>18</sup> CE Ass., 20 novembre 1989, Rec. Lebon p. 190.

réception de cette convention dans l'ordre juridique allemand<sup>19</sup>. Le rang le plus élevé d'un tel acte est celui d'une loi fédérale ; en effet, l'article 59 al. 2, première phrase, de la Loi fondamentale dispose que la conclusion de certaines conventions requiert le consentement du pouvoir législatif sous la forme d'une loi fédérale. Par conséquent, le rang formel des conventions internationales conclues par l'Allemagne est tout au plus celui d'une loi fédérale<sup>20</sup>.

## 2 La pratique qui détermine le rang réel des conventions internationales

Si on ne prenait en considération que le rang formel des conventions internationales au sein de l'ordre juridique allemand, le législateur fédéral pourrait modifier la loi de consentement à une convention par une autre loi fédérale : les deux lois ayant le même rang, la loi postérieure l'emporterait sur la loi antérieure en vertu du principe *lex posterior derogat legi priori*<sup>21</sup>. Pour empêcher que l'Allemagne ne manque ainsi à ses obligations internationales, le *Bundesverfassungsgericht* a établi une présomption selon laquelle le législateur ne vise pas à dévier des obligations internationales de l'Allemagne<sup>22</sup>. Dès lors, les lois fédérales (et, *a fortiori*, toutes les dispositions ayant un rang inférieur) doivent être interprétées, dans la mesure du possible, conformément aux conventions internationales qui lient l'Allemagne. La Cour de Karlsruhe a en outre reconnu que la CESDH ainsi que la jurisprudence de la CEDH constituent des « aides d'interprétation » pour les dispositions constitutionnelles consacrant des droits fondamentaux ou des principes de l'Etat de droit<sup>23</sup>.

Certes, ces mécanismes ne confèrent pas aux conventions internationales la qualité de véritables normes de référence dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité. Mais ils permettent d'arriver, dans la plupart des hypothèses, à des résultats pratiques très proches de ceux réalisés dans un système où les conventions internationales jouissent d'un rang supra-législatif. En effet, un conflit entre la loi et la convention peut souvent être évité par l'interprétation conforme. Si cela n'est pas possible, la convention peut dans certains cas être considérée comme norme spéciale par rapport à la loi, de telle sorte qu'elle l'emporte même en cas de conflit. En fin de compte, ce n'est que dans les hypothèses très rares où soit le législateur a expressément déclaré ne pas vouloir respecter les obligations internationales, soit le texte d'une loi adoptée après l'entrée en vigueur d'une convention et constituant la règle spéciale par rapport à la convention ne peut pas être interprétée conformément à celle-ci que les mécanismes prévus en droit allemand conduisent à des résultats

<sup>19</sup> BVerfGE 74, p. 358 (370) ; 111, p. 307 (317) ; R. Geiger, *op. cit.* (note 6), p. 160 ; H. D. Jarass, « Artikel 59 », in H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 11<sup>e</sup> édition, Verlag C. H. Beck, München, 2011, n° 19.

<sup>20</sup> O. Rojahn, « Art. 59 », in I. von Münch/P. Kunig, *op. cit.*, n° 37 et s. Pour les conventions visant à la protection des droits de l'Homme, notamment la CESDH, certains auteurs favorisent toutefois un rang plus élevé ; v. A. Bleckmann, « Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention? », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1994, pp. 149-155 ; N. Sternberg, *Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999 ; C. Walter, « Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1999, pp. 961-983. – Pour la question de savoir quel rang est attribué aux dispositions d'une convention matériellement identiques à des règles générales du droit international v. U. Fastenrath/T. Groh, *op. cit.* (note 6), n° 110.

<sup>21</sup> K. Doehring, *op. cit.* (note 3), n° 721 ; C. Hillgruber, *op. cit.* (note 6), n° 123 ; M. Nettesheim, *op. cit.* (note 7), n° 186.

<sup>22</sup> BVerfGE 74, p. 358 (370).

<sup>23</sup> BVerfGE 74, p. 358 (370) ; 111, p. 307 (317) ; v. aussi C. Tomuschat, « § 172. Die Entscheidung für die internationale Offenheit », in J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, n° 28 et s.

différents de ceux adoptés en droit français.

## §2 L'importance déterminante de l'attrait pour les particuliers d'une invocation des conventions internationales devant les juridictions nationales

Les aspects analysés jusqu'ici se sont avérés insatisfaisants pour expliquer l'importance remarquable des conventions internationales dans la pratique des juridictions françaises. A la recherche d'une explication plus plausible, l'introduction de la QPC et ses conséquences pour le contrôle de conventionnalité par les juridictions judiciaires et administratives méritent d'être analysées. Elles montrent à titre exemplaire que le rôle que jouent les conventions internationales dans la pratique juridictionnelle dépend largement de l'existence (ou l'absence) d'attrait pour les particuliers de l'invocation des conventions internationales devant les juridictions nationales. La détermination précise de l'ensemble des facteurs qui contribuent à l'existence d'un tel attrait reste pourtant une tâche à accomplir.

### *A Analyse d'un exemple : l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en France*

Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, les justiciables disposent en France, pour la première fois dans l'histoire de la V<sup>e</sup> République, de la possibilité de faire contrôler si une loi déjà promulguée porte atteinte à leurs droits et libertés constitutionnellement garantis. Cette nouvelle procédure, qui a été introduite dans le cadre de la réforme des institutions de 2008 par l'insertion d'un nouvel article 61-1 à la Constitution et mise en œuvre par une loi organique en 2009<sup>24</sup>, a profondément réformé le système français de contrôle de constitutionnalité<sup>25</sup>. En effet, elle marque la modification la plus profonde du contentieux constitutionnel depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. Son analyse par la doctrine a déjà fait couler beaucoup d'encre<sup>26</sup>, si bien qu'il suffira ici d'esquisser brièvement ses éléments caractéristiques avant d'analyser les conséquences qu'elle aura pour la pratique des juridictions françaises en matière de conventions internationales, et notamment pour le contrôle de conventionnalité.

#### 1 La question prioritaire de constitutionnalité

La QPC complète le système français de contrôle de constitutionnalité des lois, limité jusqu'en février 2010 à un contrôle *a priori* (dès lors par voie d'action et abstrait), par un contrôle *a posteriori* (par voie d'exception et donc concret). Tout justiciable peut désormais, dans le cadre d'un litige devant une juridiction judiciaire ou administrative, soutenir qu'une disposition législative applicable à ce litige porte atteinte à ses droits et libertés constitutionnellement garantis. Le moyen d'inconstitutionnalité ne pouvant pas être soulevé d'office par les juridictions, il incombe au justiciable de déclencher la procédure, et ceci par un écrit distinct et motivé. La

<sup>24</sup> Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (*JORF* du 11 décembre 2009, n° 1).

<sup>25</sup> Les effets de la réforme ont été décrits comme suit : « Depuis ce même 1<sup>er</sup> mars, tout a changé. Vous, nous, n'importe qui peut désormais être amené à côtoyer le droit constitutionnel comme auparavant, le droit civil, le droit commercial ou, pour les moins heureux, le droit pénal » (G. Carcassonne/O. Duhamel, *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, Paris, 2011, p. 43).

<sup>26</sup> Pour des études monographiques, v. X. Magnon, *QPC – La Question Prioritaire de Constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Litec, Paris, 2011 ; C. Maugué/J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, Paris, 2011. V. en outre M. Hunter-Henin, « Constitutional Developments and Human Rights in France: One Step Forward, Two Steps Back », *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, pp. 167-188 ; B. Mathieu, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *La semaine juridique, Edition générale*, 2009, n° 52, pp. 54-69.

procédure est composée de trois étapes, les deux premières servant de mécanisme de filtrage pour la troisième : la juridiction saisie du litige vérifie si les conditions pour la transmission de la question à la juridiction suprême de son ordre (Cour de cassation ou Conseil d'État) sont réunies<sup>27</sup> ; celle-ci procède à son tour à un examen de certaines conditions, notamment du caractère nouveau et sérieux de la question, avant de renvoyer la question au Conseil constitutionnel<sup>28</sup>. Celui-ci n'exerce qu'un contrôle matériellement limité ; en effet, il n'examine la conformité de la loi déférée qu'à l'égard des dispositions constitutionnelles garantissant des droits ou libertés. Dans l'hypothèse où il déclare une disposition législative non conforme à la Constitution, cette disposition n'est pas annulée mais abrogée, en règle générale à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel.

## 2 Les conséquences de l'introduction de la QPC pour la pratique des juridictions françaises en matière de conventions internationales

Pour bien comprendre les conséquences qu'aura l'introduction de la QPC pour l'importance pratique des conventions internationales devant les juridictions françaises, il convient d'analyser d'abord le rôle que jouait, jusqu'en février 2010, le contrôle de conventionnalité exercé par les juridictions judiciaires et administratives. Ce contrôle comblait la lacune créée par l'absence de mécanismes permettant aux justiciables de soulever le moyen d'inconstitutionnalité d'une loi ; il avait donc une fonction compensatrice ou de remplacement. En France, les conventions internationales, avant tout la CESDH, jouaient alors le rôle que jouent, en Allemagne, les dispositions de la Loi fondamentale consacrant des droits fondamentaux : elles servaient de normes de référence pour le contrôle de conformité de la loi aux droits et libertés fondamentaux. Cette « déviation » vers le droit international suscitait bon nombre de critiques. Ainsi, le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République (« Comité Balladur ») a justifié l'introduction de la QPC, entre autres, par le fait que dans le système en place avant la réforme, « les justiciables [étaient] portés à attacher plus de prix à la norme de droit international qu'à la Constitution elle-même »<sup>29</sup>. Plus clairement encore, le Président du Conseil constitutionnel, M. Jean-Louis Debré, a exprimé son malaise : il a estimé que « s'est créée une incitation à se tourner non plus vers la Constitution mais vers la norme internationale [...]. Une telle orientation n'est pas saine, ni pour les juges, ni pour notre démocratie »<sup>30</sup> ; dès lors « cette réforme ne serait pas suffisante si le contrôle de conventionnalité apparaissait plus attractif que le contrôle de constitutionnalité »<sup>31</sup>.

L'introduction de la QPC n'avait donc pas pour seul objectif d'améliorer les mécanismes destinés à la protection des droits et libertés, mais elle visait également à réaffirmer la hiérarchie des normes en assurant effectivement à la Constitution la qualité de norme suprême<sup>32</sup>. Cela ressort également

<sup>27</sup> Pour ces conditions, v. les 1<sup>o</sup> à 3<sup>o</sup> de l'article 23-2 de l'ordonnance n<sup>o</sup> 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>28</sup> Pour ces conditions, v. l'article 23-5, al. 3, de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (note 26).

<sup>29</sup> Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, p. 88.

<sup>30</sup> Lors de son audition devant le Comité Balladur (v. J.-L. Warsmann, *Rapport (n<sup>o</sup> 892) sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République*, p. 436).

<sup>31</sup> J.-L. Debré, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité » (intervention lors du colloque organisé par l'Association française de droit constitutionnel, 6 juin 2008 ; disponible sur internet : [www.conseilconstitutionnel.fr](http://www.conseilconstitutionnel.fr)), p. 9. M. Hunter-Henin, *op. cit.* (note 25), p. 186, décrit cet objectif de la réforme comme « 'Frenchifying' human rights ».

<sup>32</sup> CC, décision n<sup>o</sup> 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la*

de son caractère prioritaire ; en effet, c'est précisément par rapport au contrôle de conventionnalité que la QPC est prioritaire (v. les articles 23-2, al. 5, et 23-5, al. 2, de l'ordonnance du 7 novembre 1958). En plus, la QPC est conçue comme une arme plus forte que le contrôle de conventionnalité. Si le Conseil constitutionnel décide qu'une loi porte atteinte à un droit ou une liberté constitutionnellement garanti, la loi est abrogée ; la décision s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles (article 62 al. 2 et 3 de la Constitution). En revanche, les effets de la décision d'une juridiction judiciaire ou administrative d'écarter l'application d'une loi inconstitutionnelle sont limités au litige tranché par cette juridiction<sup>33</sup>.

Or, malgré le souci évident du constituant de favoriser le contrôle de constitutionnalité, l'introduction de la QPC ne portera pas le coup mortel au contrôle de conventionnalité. Les deux contrôles envisagent des normes de référence différentes ; par conséquent, l'autorité d'une décision rendue par le Conseil constitutionnel en matière de QPC est limitée à la constitutionnalité de la disposition législative contrôlée et ne limite pas la compétence des juridictions judiciaires et administratives d'en contrôler la conventionnalité<sup>34</sup>. Le caractère prioritaire de la QPC est exclusivement procédural, en ce sens qu'il oblige les juridictions à décider d'abord si elles transmettent ou non la question à la juridiction suprême de leur ordre ; ceci fait, elles ne sont pas empêchées de prendre immédiatement (c'est-à-dire avant que le Conseil constitutionnel rende sa décision) les mesures provisoires et conservatoires nécessaires pour préserver les droits que les justiciables tirent des conventions internationales<sup>35</sup>. En outre, si les conditions pour transmettre une QPC à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat, ou bien celles pour la renvoyer au Conseil constitutionnel, ne sont pas réunies, le contrôle de conventionnalité peut toujours permettre au justiciable d'atteindre l'objectif qu'il poursuit, à savoir la non-application de la loi en question. Enfin, les juridictions ne pouvant soulever d'office le moyen d'inconstitutionnalité, c'est à la discrétion du justiciable de préférer le contrôle de conventionnalité par rapport à celui de constitutionnalité<sup>36</sup>. Tout de même, dans la mesure où les conventions internationales ne contiennent que des droits et libertés identiques ou similaires à ceux garantis par la Constitution, le contrôle de conventionnalité ne peut promettre aux justiciables que peu d'avantages par rapport à la QPC.

De ce qui précède, on peut déduire que la QPC ne se substituera sans doute pas complètement au contrôle de conventionnalité, mais qu'elle rendra inutile voire superflu le recours des particuliers aux conventions internationales dans un nombre important de litiges. Ceci sera notamment le cas si les conventions internationales et la Constitution garantissent des droits et libertés identiques ou similaires. Par conséquent, on peut s'attendre à ce que l'importance des conventions

---

*Constitution*, consid. 14 . Il est surprenant, alors, qu'il ne soit pas permis aux juridictions de soulever d'office le moyen d'inconstitutionnalité; v. M. Hunter-Henin, *op. cit* (note 25), p. 177 et s.

<sup>33</sup> Il est vrai que pour les parties au litige, le fait que la loi ne soit pas appliquée a les mêmes effets que son abrogation. Mais le caractère plus effectif de la QPC peut s'avérer plus avantageux notamment pour des groupes ou groupements d'intérêts qui peuvent se limiter à déclencher la procédure dans une affaire pilote pour régler la question pour toutes les personnes se trouvant dans une situation similaire à celle du demandeur.

<sup>34</sup> CC, décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, consid. 13. Par conséquent, une juridiction peut constater l'inconstitutionnalité d'une disposition que le Conseil constitutionnel a déjà déclarée conforme à la Constitution. Ceci peut impliquer, dans certaines hypothèses, l'inconstitutionnalité de la convention que la juridiction ne peut toutefois pas déclarer formellement, la compétence pour ce faire étant attribuée exclusivement au Conseil constitutionnel en vertu de l'article 54 de la Constitution.

<sup>35</sup> *Ibid.*, consid. 14 ; dans le même sens déjà CC, décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 14.

<sup>36</sup> M. Hunter-Henin, *op. cit* (note 25), p. 178 et s.

internationales devant les juridictions françaises diminue sensiblement dans un proche avenir.

### *B Synthèse : les principaux facteurs déterminant l'intérêt pour les particuliers d'invoquer les conventions internationales*

L'exemple de l'introduction de la QPC montre que le cadre procédural dans lequel s'insère l'application des conventions internationales influe sensiblement sur l'importance que les juridictions nationales attachent aux conventions internationales<sup>37</sup>. Dans cet exemple, c'était une lacune quant aux voies de recours qui a conduit les particuliers à se tourner vers les droits qu'ils tiennent des conventions internationales. Or, de manière plus générale, le contenu des dispositions régissant les procédures devant les juridictions nationales peut également soit encourager les particuliers à invoquer les conventions internationales, soit les en dissuader. Avant d'analyser le cadre procédural, il convient toutefois de prendre en considération le droit matériel qui peut, lui aussi, comprendre des facteurs rendant plus ou moins attrayante pour les particuliers l'invocation du droit international conventionnel devant les juridictions nationales. Dans le cadre de cette contribution, l'analyse ne peut toutefois pas entrer dans les détails des facteurs identifiés.

#### 1 Le droit matériel

Le plus attrayant pour les particuliers est évidemment d'invoquer une convention internationale si celle-ci leur garantit plus de droits ou protège mieux leurs intérêts que le droit national. Le droit international actuel connaît de nombreuses conventions conférant des droits aux particuliers et qu'on peut qualifier de « droits subjectifs internationaux »<sup>38</sup>. Certes, les conventions de protection des droits de l'Homme en sont les exemples les plus marquants (et généralement acceptés), mais ce ne sont pas les seuls<sup>39</sup>. Ainsi, la Cour internationale de Justice a qualifié l'article 36, al. 1 b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires comme norme garantissant un droit individuel<sup>40</sup>. De tels droits peuvent également être déduits de certaines dispositions des accords relatifs au commerce mondial<sup>41</sup>. Les règles du droit international humanitaire protégeant les personnes civiles, pourtant conçues initialement de manière strictement interétatique, visent en fin de compte la protection d'individus ; ne touchent-elles vraiment ces personnes que par un simple réflexe, les réduisant ainsi – soyons clair – au seul statut d'« objets » du droit international sans leur reconnaître le *droit* d'être protégées par ces règles ? Finalement, les particuliers peuvent

<sup>37</sup> Dans le même sens, mais d'une perspective inverse, J.-L. Debré, *op. cit.* (note 30), p. 9 : « Aucun Etat d'Europe occidentale ne connaît une telle situation dans laquelle la Constitution est, *du fait des voies de recours*, délaissée au profit d'une convention internationale. » (je souligne).

<sup>38</sup> Pour ce terme et les différentes catégories de normes internationales concernant la situation des personnes privées, v. E. Lagrange, « L'efficacité dans l'ordre juridique interne des normes internationales concernant la situation des personnes privées », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff, à paraître, Chapitre I, 1 b. – A. Pellet, *op. cit.* (note 8), p. 836 et s., estime même que la majorité des traités contemporains confèrent des droits (et imposent des obligations) aux particuliers. Pour une opinion contraire, v. D. Carreau, *Droit international*, 6<sup>e</sup> éd., Pedone, Paris, 1999, n° 1217 et 1219.

<sup>39</sup> Pour une analyse des conditions nécessaires pour la déduction de droits individuels d'une convention internationale ne protégeant pas des droits de l'Homme, v. M. Breuer, « Die Begründung individueller Rechte in völkerrechtlichen Verträgen nichtmenschentlicher Art », in G. H. Gornig/B. Schöbener/W. Bausback/T. H. Irsmscher (Hrsg.), *Iustitia et Pax. Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, pp. 87-110.

<sup>40</sup> C. I. J., arrêt du 27 juin 2001, *Affaire LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. p. 466, par. 77.

<sup>41</sup> C. Tietje, « Grundlagen und Perspektiven der WTO-Rechtsordnung », in H.-J. Prieß/G. M. Berrisch (Hrsg.), *WTO-Handbuch*, Verlag C. H. Beck, München, 2003, partie A. II., n° 38 et s.

tenir des droits même des règles sur la responsabilité internationale des États<sup>42</sup>. Tant que les Etats parties d'une convention internationale ne confient pas l'interprétation de celle-ci à une juridiction internationale, ce sont les juridictions nationales qui doivent interpréter la convention en cas de litige porté devant elles ; ce sont alors elles qui décident – en respectant, bien sûr, les règles d'interprétation posées par le droit international dont l'application, toutefois, ne permet que très rarement d'arriver à un unique résultat correct – si la convention vise à conférer des droits aux particuliers et, le cas échéant, qui déterminent le contenu de ces droits.

Or, les particuliers ne peuvent pas invoquer, devant les juridictions nationales, toutes les dispositions du droit international conventionnel garantissant des droits individuels, cette possibilité étant limitée aux dispositions directement applicables. Les Etats sont parfois soucieux d'exclure, même pour des conventions visant à conférer des droits individuels, l'applicabilité directe dans l'ordre juridique national. L'Allemagne en a fourni un exemple, déclarant que la Convention de 1990 relative aux droits de l'enfant ne serait pas directement applicable en droit interne (elle n'a retiré sa déclaration qu'en 2010<sup>43</sup>). On doit pourtant se demander si l'empêchement de l'application directe d'une convention visant à conférer des droits individuels aux particuliers n'est pas contraire à l'objectif de cette convention<sup>44</sup>. Quoi qu'il en soit, au moins dans les cas où l'applicabilité directe n'est pas exclue par une déclaration, ce sont, une fois de plus, les juridictions nationales qui en décident. Là aussi, elles ont des marges d'interprétation dont elles peuvent profiter afin d'apprécier l'application directe d'une manière favorable à la réalisation des droits conférés aux particuliers. Ceci est illustré par la pratique juridictionnelle qui diffère d'un pays à l'autre. En effet, les juridictions de certains pays vont jusqu'à présumer l'applicabilité directe sauf indication contraire dans la convention, créant ainsi un attrait très fort pour les particuliers d'invoquer les conventions internationales dans des litiges<sup>45</sup>.

Finalement, il y a lieu d'analyser les possibilités de demander réparation dans l'hypothèse où un Etat cause un préjudice à un particulier en violant une convention internationale. En ce qui concerne cette question, la jurisprudence française semble être plus avancée que sa contrepartie allemande. En effet, le Conseil d'Etat a décidé que la responsabilité de l'Etat peut être engagée non seulement par un acte de l'administration contraire à une convention internationale (arrêt *Société Arizona Tobacco Products*<sup>46</sup>) mais également par une loi inconventionnelle (arrêt *Gardedieu*<sup>47</sup>). En revanche, le *Bundesgerichtshof*, la juridiction suprême allemande en matière du droit civil et pénal, a certes confirmé dans son arrêt *Varvarin* qu'il n'est pas exclu d'emblée qu'un particulier puisse

<sup>42</sup> La Commission du droit international (C.D.I.) l'a reconnu implicitement dans l'article 33 § 2 de son projet d'articles relatifs à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001) ; v. aussi A. Fischer-Lescano, « Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln », *Archiv des Völkerrechts*, 2007, pp. 299-381 (l'auteur limite ses développements à la coutume, mais rien ne s'oppose à ce que les règles qu'il analyse soient reformulées par une convention internationale). – Pour d'autres exemples de conventions ayant pour objet de créer des droits subjectifs internationaux v. E. Lagrange, *op. cit.* (note 37), Chapitre I, 1 b.

<sup>43</sup> J. Siegfried/B. Schriewer/P. Braasch, « The Withdrawal of Germany's Unilateral Statement on the UN Convention on the Rights of the Child », *German Yearbook of International Law*, 2010, pp. 973-980.

<sup>44</sup> V., pour les conventions protégeant des droits de l'Homme, D. Steiger, « Menschenrechte als subjektive Rechte – Unmittelbare Wirkung qua Ratifikation? », in C. Binder/C. Fuchs/M. Goldmann/T. Kleinlein/K. Lachmayer (Hrsg.), *Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich*, Nomos, Wien, 2010, pp. 129-154.

<sup>45</sup> J. A. Frowein/K. Oellers-Frahm, « L'application des traités dans l'ordre juridique interne », in P. M. Eisemann (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 11-25 (17 et s.) ; v. aussi G. Buchs, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 52 et s.

<sup>46</sup> CE Ass., 28 février 1992, Rec. Lebon p. 78.

<sup>47</sup> CE Ass., 8 février 2007, Rec. Lebon p. 78.

demander réparation du préjudice subi par une violation du droit international conventionnel<sup>48</sup>. En l'espèce, s'agissant d'une violation du droit international humanitaire, le *Bundesgerichtshof* a toutefois décidé que les dispositions pertinentes étaient conçues strictement inter-étatiques de sorte que les particuliers lésés ne pouvaient pas demander réparation en se fondant directement sur le droit international. Mais il y a un second fondement pour une réparation du préjudice causé, à savoir les règles nationales de la responsabilité de l'Etat. Le *Bundesgerichtshof* a reconnu que l'application de ces règles peut pas être refusée au seul motif que le préjudice a été causé dans le cadre d'un conflit armé, c'est-à-dire dans une situation régie par le droit international humanitaire. En fin de compte, il a toutefois rejeté la demande puisqu'il n'a pas pu constater une violation du droit international humanitaire en l'espèce. Et il n'a rien dit sur la possibilité de demander réparation d'un préjudice causé par une *loi* inconventionnelle.

## 2 La procédure

L'arrangement des voies de recours en droit interne ou, plus globalement, le droit procédural peut encourager les particuliers à invoquer les conventions internationales – ou bien rendre moins attrayante, voire impossible, cette invocation. A cet égard, on doit s'interroger tout d'abord de la disponibilité de recours de droit interne permettant de soulever et de faire sanctionner effectivement l'inconventionnalité d'un acte de droit national. Dans la plupart des hypothèses, les recours de droit interne ne sont pas conçus expressément pour assurer le respect des conventions internationales. Or, si les particuliers (voire leurs avocats) n'hésitent pas à les utiliser avec un certain pragmatisme et une certaine habileté, elles peuvent souvent servir cette fin. Ainsi, l'action en réparation par exemple permet de demander non seulement la réparation d'un préjudice causé par la violation d'une norme nationale, mais également celle d'un préjudice ayant son origine dans la violation d'une convention internationale (bien que devant les juridictions allemandes, elle n'est utilisée à cette fin que rarement<sup>49</sup>). En Allemagne, le recours constitutionnel à l'initiative d'un particulier (*Verfassungsbeschwerde*) permet, lui aussi, de soulever, quoique de manière indirecte, la violation d'une convention internationale : selon la décision *Görgülü* du *Bundesverfassungsgericht*, le fait qu'une juridiction allemande ne prend pas dûment en considération la CESDH (telle qu'interprétée par la CEDH) peut violer les droits fondamentaux d'un particulier pris conjointement avec le principe de l'Etat de droit<sup>50</sup>. Il n'est pas sans intérêt que le *Bundesverfassungsgericht* estime nécessaire d'exercer un contrôle plus strict de constitutionnalité dans les hypothèses impliquant des questions de droit international public afin de réduire le risque que la jurisprudence des juridictions allemandes n'engage la responsabilité de la République fédérale au niveau international ; en effet, il se met expressément « au service de la mise en œuvre du droit international public »<sup>51</sup>.

L'existence de recours devant les juridictions nationales permettant un contrôle de la conformité d'actes nationaux avec les conventions internationales peuvent constituer un attrait décisif pour les particuliers si elles servent de compensation pour l'absence de recours visant à contrôler le respect de droits individuels nationaux, comme le montre la situation antérieure à l'introduction de la QPC en France. Mais l'influence du droit procédural n'est pas limitée aux situations où il y a

<sup>48</sup> BGHZ [Recueil des décisions du Bundesgerichtshof en matière civile] 169, p. 348.

<sup>49</sup> Il y a toutefois certains exemples célèbres de cette stratégie ; v. les décisions du Bundesgerichtshof dans les affaires *Distomo* (BGHZ 155, p. 279) et *Varvarin* (BGHZ 169, p. 348).

<sup>50</sup> BVerfGE 111, p. 307 (328 et s.).

<sup>51</sup> « Das Bundesverfassungsgericht steht damit mittelbar im Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert dadurch das Risiko der Nichtbefolgung internationalen Rechts. » (ibid.).

absence complète de recours pour certains droits et libertés garantis par le droit interne. Elle commence à jouer dès qu'un recours permettant de faire valoir un droit prévu par une convention internationale est accessible dans des conditions moins difficiles ou plus avantageuses qu'un recours visant à la réalisation d'un droit garanti par le droit interne. Dans ce contexte, il y a lieu de prendre en considération notamment l'intérêt à agir. En droit allemand, cette condition de recevabilité demande, pour les recours devant les juridictions administratives, qu'il ne soit pas exclu d'emblée que l'administration a violé, par l'action ou l'omission qui constitue l'objet du litige, un droit subjectif du demandeur. Dans la mesure où les conventions internationales confèrent des tels droits, nul ne s'oppose à ce que ceux-ci soient pris en considération de la même manière que des droits consacrés par le droit national<sup>52</sup>. Or, dans la plupart des ouvrages sur le contentieux administratif et des commentaires sur la *Verwaltungsgerichtsordnung* (code du contentieux administratif allemand), cette question n'est même pas abordée<sup>53</sup>. En revanche, la jurisprudence reconnaît qu'un particulier peut tirer directement des droits subjectifs d'une convention internationale<sup>54</sup>, mais dans les affaires tranchées, l'intérêt à agir était fondé sur la (prétendue) violation d'autres droits. A côté de l'intérêt à agir, les conditions dans lesquelles le juge peut soulever d'office le moyen tiré de l'inconventionnalité d'une norme ou d'un acte de droit national méritent d'être analysées plus profondément. En revanche, il ne fait aucun doute que dans des litiges ayant pour objet la violation d'une convention internationale par un autre Etat que celui dont relève la juridiction saisie, celle-ci doit intégralement respecter les règles internationales sur les immunités des Etats.

## Conclusion

Tant que l'interprétation et l'application d'une convention internationale ne sont pas confiées, par les Etats parties de cette dernière, à une juridiction internationale, ces tâches incombent aux juridictions nationales dans le cadre des litiges portés devant elles. Dans la mesure où la convention internationale garantit des droits individuels, question qui doit également être tranchée par les juridictions nationales, son application effective sera demandée en premier lieu par les particuliers intéressés – s'ils disposent des moyens de le faire et si l'utilisation de ces moyens leur semble attrayante. A cet égard, ce sont notamment deux aspects dont dépend l'application effective de la convention, à savoir le droit interne régissant les procédures juridictionnelles et la disposition des juridictions nationales à interpréter les conventions internationales de manière favorable aux particuliers. Ainsi, les juridictions nationales, poussées par les particuliers intéressés, exercent – consciemment ou non – une fonction qui serait normalement exercée par des juridictions internationales (si elles existaient). Il me semble dès lors parfaitement opportun de parler d'un « dédoublement fonctionnel »<sup>55</sup>, même si les juridictions

<sup>52</sup> V., dans ce sens, C. Feldmüller, *Die Rechtsstellung fremder Staaten und sonstiger juristischer Personen des ausländischen Rechts im deutschen Verwaltungsprozeßrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 144 et s. ; A. Fischer-Lescano/F. Hanschmann, « Subjektive Rechte und völkerrechtliches Gewaltverbot – Eine völker- und verfassungsrechtliche Analyse », in P. Becker/R. Braun/D. Deiseroth (Hrsg.), *Frieden durch Recht ?*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010, p. 181 (186 et s.).

<sup>53</sup> V., par exemple, M. Happ, « § 42 – Anfechtungs- und Verpflichtungsklage », in E. Eyermann, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 13<sup>e</sup> édition, Verlag C. H. Beck, München, 2010, n° 83 ; K. Redeker/H.-J. von Oertzen, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 15<sup>e</sup> édition, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2010, § 42 – Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, n° 50-58 ; en revanche, pour une position allant très loin (droits subjectifs fondés sur l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales), A. Fischer-Lescano/F. Hanschmann, *op. cit.* (note 52).

<sup>54</sup> V., par exemple, BVerwG, Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 163.

<sup>55</sup> G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique; première partie*, Sirey, Paris, 1932, pp. 54-56.

nationales elles-mêmes ne se perçoivent pas comme des institutions exerçant une fonction internationale.

Cette manière de voir les choses est évidemment inspirée par la stratégie que la Cour de justice de l'Union européenne (à l'époque : des Communautés européennes), profitant de l'intérêt individuel des particuliers à voir leurs droits respectés, a utilisée depuis son arrêt *van Gend & Loos*<sup>56</sup> pour rendre plus effective l'application du droit européen<sup>57</sup>. Elle se distingue pourtant de celle-ci par un aspect fondamental : en matière de droit international, ce n'est pas une cour internationale (voire supranationale) qui applique cette stratégie, ce ne peuvent être que les juridictions nationales elles-mêmes<sup>58</sup>. Malgré cette différence, tout comme en droit européen où les juridictions nationales sont qualifiées de juridictions européennes de droit commun, elles peuvent être qualifiées, afin de décrire leur rôle pour l'application effective du droit international, de *juridictions internationales de droit commun* – et ceux des Etats qui leur permettent de jouer efficacement ce rôle (ou qui les encouragent même) de *völkerrechtsfreundlich* au sens propre du terme.

---

<sup>56</sup> CJCE, arrêt du 5 février 1963, affaire 26/62, Rec. p. 3.

<sup>57</sup> Pour un procédé similaire mais limité aux conventions protégeant les droits de l'Homme, v. D. Steiger, *op. cit.* (note 43), p. 147 et. s.

<sup>58</sup> Pour une analyse de la question de savoir si le droit international oblige les Etats à permettre aux particuliers l'accès aux juridictions nationales afin d'y faire valoir les droits conférés à eux par le droit international, v. S. D. Murphy, « Does International Law Obligate States to Open Their National Courts to Persons for the Invocation of Treaty Norms That Protect or Benefit Persons? », in D. Sloss, *op. cit.* (note 13), pp. 61-119.