



3^{ème}
congrès de
l'AHJUCAF



COURS JUDICIAIRES SUPRÊMES FRANCOPHONES

Internalisation du droit,
internalisation de la justice

21-23 juin 2010

Cour suprême du Canada Ottawa



3^{ème}
congrès de
l'AHJUCAF


ahjucaf
COURS JUDICIAIRES SUPRÊMES FRANCOPHONES

Internalisation du droit,
internalisation de la justice

21-23 juin 2010

Cour suprême du Canada Ottawa

SOMMAIRE

Dimanche 20 juin 2010	6
Réception à la Cour suprême du Canada	6
Lundi 21 juin 2010	7
Ouverture et allocutions	7
Rapport introductif	14
.....	
Atelier I	22
Rapports juridictionnels entre les juridictions nationales et internationales	22
Autorité juridictionnelle des cours internationales à l'égard des cours nationales : le cas de la Cour de Justice de l'UEMOA	22
I. Les rapports horizontaux ou apparente horizontalité	24
II. Les rapports verticaux ou véritable verticalité	26
Les méthodes de saisine des tribunaux internationaux	29
I. Jurisdiction internationale pénale	29
II. Conclusion	36
L'effet et l'exécution des décisions internationales	37
I. La Cour pénale internationale (CPI), juge de la violation du droit humanitaire international	38
II. Les procédures devant la Cour et l'approche du Bureau du Procureur	41
III. Enquêtes préliminaires, situations en cours et décisions rendues	44
IV. Cas particulier de l'exécution par un état non partie au Statut et la question des immunités	53
V. Les techniques et des stratégies du BdP destinées à garantir la mise en oeuvre de ces décisions et l'impact du travail de la CPI	54
VI. Conclusion générale	59
Les rapports entre juridictions nationales et tribunaux arbitraux internationaux	59
I. Transformation des finalités de l'intervention judiciaire	60
II. L'internationalisation du cadre juridique de l'intervention judiciaire	62
.....	
Atelier II	66
Les rapports entre les cours nationales	66
Les approches des systèmes de droit international privé et les conventions internationales	66
I. L'objet du Droit international privé	66
II. L'approche conflictuelle traditionnelle et sa critique	67
III. Les intérêts gouvernementaux. Notion de vrai ou faux conflit	71
IV. Règles matérielles ou substantielles internationales uniformes principalement par voie de conventions internationales	72
V. Les conventions internationales de droit international privé	73
VI. La reconnaissance. Une approche limitée. L'approche de la reconnaissance des actes juridiques étrangers	73
VII. Conclusion	74
Projections du juge national à l'extérieur de sa juridiction saisine effet de jugements dans des situations transnationales le refus d'agir du juge les dessaisissements volontaires ou la règle de forum non conveniens l'exemple de l'Île Maurice	75
I. Projection du juge national à l'extérieur de sa juridiction - saisine et effet de jugements dans des situations transnationales	76
II. Le refus d'agir du juge, les dessaisissements volontaires (la règle de forum non conveniens)	82
III. Conclusion	86

La greffe juridique en droit comparé	86	L'action de l'Organisation internationale de la Francophonie dans le monde judiciaire . . .	126
I. L'école des anti-greffes	88	I. Place centrale de la justice au sein des engagements francophones : principaux jalons de cette consécration	126
II. L'école des pro-greffes	91	II. Atouts de l'action de l'OIF dans le monde judiciaire	127
III. L'école de la greffe prudente et parcimonieuse	92	III. Répondre à l'ambition des engagements : éclairage sur les missions conduites dans les secteurs du droit et de la justice	129
La réception des décisions étrangères	95	L'expérience de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones dans la circulation entre les hautes Institutions judiciaires	132
I. Les raisons de la réception	96	I. L'AA-HJF, un outil d'intégration juridique et judiciaire au service de l'État de droit en Afrique.	132
II. Les modalités de la réception	99	II. La circulation ou l'internationalisation du droit et de la justice par l'AA-HJF	134
III. Conclusion	103	III. Des difficultés et des perspectives	137
.		IV. Tableau synoptique des rencontres thématiques de l'AA-HJF depuis sa création	139
Atelier III	104	Droit francophone et droit continental.	141
La réception du droit international par les droits nationaux	104	I. Des « droits » introuvables ?	141
Méthodes d'intégration du droit international en droits internes	104	II. Et pourtant ils existent	143
I. L'internationalisation croissante des principes directeurs : méthodes constitutionnelles d'intégration	105	La réforme des systèmes de sécurité dans l'espace francophone	146
II. L'internationalisation mesurée de la pratique étatique : méthodes législatives de transposition	109	I. Définition du concept de « réforme du système de sécurité ».	146
III. L'intégration complétée : l'effort judiciaire d'application et d'interprétation du droit international	113	II. Contribution de l'OIF à la RSS	149
L'émergence du droit humanitaire et du droit pénal international	115	L'Institut national de la magistrature et la coopération internationale	156
Réception à l'Ambassade de France	123	I. La mission de l'INM.	156
Allocution de bienvenue	123	II. Valeurs	157
Allocution prononcée à l'ambassade de France au Canada	125	Présentation du rapporteur général	159
.		Rapport de synthèse	160
Mardi 22 juin 2010	126	Allocutions de clôture	171
Atelier VI	126	Notes	174
La coopération et les cours nationales	126		

Dimanche 20 juin 2010

Réception à la Cour suprême du Canada

Mot de bienvenue

*La très honorable Beverley McLachlin,
juge en Chef du Canada*

Mesdames et messieurs, distingués invités, au nom de mes collègues de la Cour suprême du Canada et en mon nom personnel, je vous souhaite la bienvenue au Canada et dans notre grande maison. J'espère que vous n'en resterez pas à votre première impression ! On dit qu'au Canada, il y a deux saisons, l'hiver et les travaux. Nous avons choisi les travaux pour vous accueillir ce soir !

Vous vous trouvez néanmoins dans ce joyau du patrimoine architectural canadien qui, depuis 1947, loge la Cour suprême. C'est le grand architecte montréalais Ernest Cormier qui a conçu cet édifice jusque dans ses moindres détails, du plancher aux plafonds, des meubles aux luminaires. Les deux seuls éléments qui sont étrangers à la conception initiale se trouvent à l'extérieur de la Cour, de chaque côté de la façade quelque peu obstruée par les travaux. Les deux statues dont une petite exposition relate l'histoire ici même - la Justice et la Vérité, ont été ajoutées en 1970. Il est difficile de croire que, malgré leur taille, ces statues ont été oubliées de tous dans un entrepôt gouvernemental pendant plus de 40 ans. La Justice et la Vérité, cachées et oubliées pendant si longtemps, voilà une riche métaphore. Elle nous rappelle quotidiennement le rôle des cours, dont la tâche est de faire en sorte que Justice et Vérité soient chaque jour exposées au regard de tous les citoyens.

Vous pourrez constater lors de la visite qui vous est offerte au cours de la soirée que, tout en respectant le patrimoine, la Cour suprême a réussi à intégrer les technologies modernes dans sa

salle d'audience. Des caméras activées par la voix servent notamment à la télédiffusion des audiences depuis le début des années 90. Plus récemment, en 2008, des ordinateurs y ont été installés pour permettre aux neuf juges et aux avocats de consulter la version électronique des mémoires des parties à l'audience. Nous sommes fiers de pouvoir préserver notre patrimoine tout en utilisant les outils que la technologie met à notre disposition.

Mais par delà les installations physiques, il y a d'abord et avant tout les personnes. Nous comptons parmi nous plusieurs invités de marque, et il serait trop long de les présenter tous. Je me dois toutefois de souligner la présence de personnalités canadiennes: le juge en chef du Québec, l'honorable Michel Robert et le juge en chef du Nouveau-Brunswick, l'honorable Ernest Drapeau, le juge en chef de la Cour fédérale, l'honorable Allan Lufy et l'honorable Gilles Létourneau, juge à la Cour d'appel fédérale. Nous sommes également très honorés par la présence de l'honorable Kathleen Veil, ministre de la Justice du Québec et de l'honorable Kelly Lamrock, Procureur général du Nouveau-Brunswick. Enfin, je suis très heureuse de souligner la présence de monsieur Ghaleb Ghanem, premier président de la Cour de cassation du Liban et président de l'AHJUCAF.

Cette soirée n'a pas pour objectif de faire de long discours. Elle vise à nous rassembler dans ce cadre symbolique pour nous permettre de fraterniser et de renouer des liens que les distances rendent moins tangibles. Merci d'être ici et bonne soirée à tous.

Lundi 21 juin 2010

Ouverture et allocutions

Propos d'ouverture

*La très honorable Beverley McLachlin,
juge en Chef du Canada*

Bonjour à tous,

Quel plaisir de vous retrouver tous réunis ce matin en cette séance d'ouverture du Troisième congrès de l'AHJUCAF alors que vous abordez la première longue journée de travail sur le thème choisi : « internationalisation de la justice, internationalisation du droit ».

Comme le disait Madame Mireille Delmas-Marty, titulaire de la chaire « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit » au Collège de France, dans sa Leçon inaugurale :

« En dépit des apparences, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître la superposition de normes, nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d'institutions et de juges, nationaux et internationaux, à compétence élargie ».

Je suis tout à fait convaincue que, si les juges qui siégeaient il y a quelque trente ans revenaient aujourd'hui, ils seraient probablement surpris de constater combien nos régimes juridiques s'influencent mutuellement. Ce n'est donc pas un hasard si l'AHJUCAF nous réunit maintenant pour débattre de ce sujet. Nous voulons essayer de trouver des réponses juridiques adaptées à nos interrogations face à la mondialisation et au rôle respectif des tribunaux nationaux et des instances internationales de façon à pouvoir répondre au questionnement de nos concitoyens. Les données rassemblées à la suite des questionnaires préparatoires au congrès offrent un panorama des pratiques suivies par les cours de différents pays. La réflexion que nous allons mener pendant les deux jours qui viennent nous permettra de mieux cerner ce thème complexe et de comprendre l'évo-

lution des pays de la francophonie qui, pour la plupart, ont des racines juridiques communes.

Je voudrais ce matin souligner tout particulièrement le travail extraordinaire de mon collègue l'honorable Louis LeBel, qui s'est investi dans la préparation du congrès. Le thème d'internationalisation de la justice et du droit concorde bien avec son intérêt pour les débats juridiques et son ouverture sur le monde. On peut penser qu'avec votre aide à tous, le juge LeBel vise à remédier à la situation décrite par notre ancienne collègue à la Cour suprême du Canada, la juge Bertha Wilson quand elle disait « Ce qui reçoit souvent une moindre attention dans le monde juridique, c'est comment la mondialisation touche aussi la fonction des juges et des avocats, et comment le développement des liens internationaux a un effet sur les décisions judiciaires et les transforme, tout particulièrement dans le cas des cours d'appel de dernière instance à travers le monde ». Voici qui nous incite à partager nos expériences au sein de l'AHJUCAF, qui se veut l'endroit privilégié où le dialogue des juges peut s'effectuer en toute franchise afin d'améliorer à terme l'organisation et le fonctionnement des cours suprêmes et la qualité de leurs arrêts.

La solidarité au sein de l'AHJUCAF prend toute sa dimension face à la terrible catastrophe naturelle qui s'est abattue sur l'un de nos pays membres, Haïti. Je tiens à saluer ici la présence de Maître Georges Moïse, vice-président de la Cour de cassation haïtienne. Cette institution et ses membres ont été profondément traumatisés. Nous voulons au sein de notre association participer à la construction de l'avenir avec Haïti, au sein d'une Francophonie solidaire.

Permettez-moi donc, mesdames et messieurs les membres de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, distingués invités, chers amis, de vous souhaiter à nouveau la plus cor-

diale des bienvenues, ainsi que des échanges enrichissants tout au long de ces deux jours. Le programme social vous offrira, je l'espère, l'occasion de profiter un peu de la belle région de la capitale du Canada tout en continuant vos discussions avec vos collègues.

Ce matin, nous avons le plaisir d'avoir parmi nous plusieurs personnalités qui vont vous adresser la parole. Monsieur Yves Côté, sous-ministre délégué à la Justice vient vous souhaiter la bienvenue au nom du ministre de la Justice du Canada, l'honorable Rob Nicholson.

Monsieur Côté, je vous invite à dire quelques mots.

Propos d'ouverture

Maître Yves Côté, Sous-ministre délégué à la Justice, Ministère de la Justice du Canada

Madame la Juge en chef,
Monsieur le Président de l'AHJUCAF,
Monsieur le Délégué à la paix,
à la démocratie et aux Droits de l'Homme,
Mesdames et Messieurs les juges de la Cour suprême,
Mesdames et Messieurs les Présidents,
Juges en chef et Juges, Distingués délégués,

Au nom de l'honorable Rob Nicholson, ministre de la Justice et procureur général du Canada, j'ai l'honneur et le grand plaisir de vous souhaiter la plus cordiale des bienvenues au Canada. L'emploi du temps de notre ministre ne lui permettait malheureusement pas de se joindre à nous ce matin. Il vous prie de bien vouloir l'en excuser.

Le thème de la conférence cette année : « Internationalisation du droit et internationalisation de la justice » revêt une importance plus grande que jamais. Les différences persistantes entre les systèmes juridiques demeurent un obstacle ma-

jeur à ce que justice soit rendue au niveau international. Si l'Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français n'avait pas été créée en 2001, il manquerait aujourd'hui à la francophonie et à la justice internationale, un réseau institutionnel de toute première importance, car des organismes comme le vôtre ont placé la coopération juridique au cœur de leur action. Ces organismes visent l'amélioration de la collaboration et l'établissement d'objectifs communs entre les institutions judiciaires de nos pays, ce qui nous permet de surmonter ces obstacles et de trouver des solutions les mieux adaptées aux différentes problématiques pouvant survenir.

Comme nous le savons tous, la plupart des règles internationales ne peuvent s'appliquer sans le soutien et la collaboration continue des systèmes judiciaires nationaux. L'efficacité d'un système judiciaire national procure des avantages au monde entier. A cette fin, le ministère de la Justice du Canada, notre ministère, s'efforce de préserver un cadre juridique national qui reflète la dualité linguistique de nos citoyens ainsi que nos traditions canadiennes bien ancrée de common law et de droit civil. Le ministère est aussi chargé de veiller à ce que le système de justice au Canada demeure équitable, pertinent, accessible et qu'il reflète les valeurs canadiennes.

Pays réputé pour sa stabilité et son engagement à l'égard de la primauté du droit, le Canada considère qu'il a l'obligation d'établir, avec ses partenaires du monde, un dialogue sur les questions de droit et de gouvernance. Le ministère de la Justice honore cette obligation en s'efforçant d'établir et de renforcer la capacité juridique de plusieurs états fragiles et émergents. C'est pour nous un aspect important de notre rôle.

Permettez-moi, en terminant, de réitérer combien nous sommes honorés de vous accueillir chez nous. J'ajoute ma voix à celle du ministre de la Justice pour vous souhaiter un congrès fructueux, qui soit à la hauteur de vos attentes. Vos délibérations et vos échanges renforcent cette cruciale solidarité qu'il est essentiel de maintenir et renforcent aussi les liens qui nous unissent tous de manière à ce que l'internationalisation du droit et de la justice continue de faire des progrès et devienne une réalité toujours plus présente.

Je vous remercie.

Mot de bienvenue

Monsieur Hugo SADA, Délégué à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme de l'Organisation internationale de la Francophonie

Madame la Juge en Chef du Canada, Monsieur le Sous-ministre délégué à la Justice, Monsieur le Président de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Premier Président de la Cour de cassation du Liban, Mesdames et Messieurs les Présidents et membres des hautes juridictions francophones, Mesdames et Messieurs,

Je suis heureux, et honoré, d'être à vos côtés, à l'occasion de cette cérémonie d'ouverture du troisième Congrès de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), consacré à la problématique de l'internationalisation du droit et de la justice.

Je me dois tout d'abord de vous transmettre les chaleureuses salutations de S.E. Monsieur Abdou Diouf, Secrétaire général de la Francophonie, qui se réjouit de la tenue de ce

Congrès, ici à Ottawa, en cette année 2010 pendant laquelle la Francophonie institutionnelle célèbre le quarantième anniversaire de sa fondation.

Je voudrais souligner, en son nom, l'importance pour la Francophonie du travail réalisé par votre Association, ainsi que la capacité exemplaire de mobilisation de l'AHJUCAF - dont témoigne l'assemblée réunie aujourd'hui à Ottawa -, qui est d'abord le reflet de l'engagement constant de la présidence et du secrétariat général de l'Association.

La présence francophone, en faveur d'une justice indépendante, efficace et accessible, a été sans cesse confirmée depuis le lancement, au début des années 1990, des premiers programmes de coopération francophones dans les secteurs du droit et de la justice. Cet engagement a été conforté en février 2008 à l'occasion de la IV^{ème} Conférence des Ministres francophones de la justice qui a adopté une nouvelle feuille de route, qui reste la référence principale de la programmation de l'OIF dans le domaine du droit et de la justice. Ce domaine a, de fait, toujours occupé une place centrale dans nos actions en faveur de l'État de droit et de la démocratie, telles qu'elles sont définies par la Déclaration de Bamako, adoptée il y a exactement dix ans.

L'existence de ce corpus ne saurait toutefois répondre à lui seul à nos attentes. C'est bien la mise en œuvre, sur le terrain, de ce mandat qui nous invite à œuvrer au développement de partenariats diversifiés avec les professionnels du droit et de la justice.

De cette option découle la volonté de l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) de nouer des coopérations ciblées avec les réseaux institutionnels et professionnels francophones - et je salue la participation de nombre d'entre eux à ce Congrès -, de même qu'avec

les organisations de la société civile. La tenue de la Conférence francophone des OING à Genève, à partir du 23 juin prochain, constitue de la même façon un élément majeur de cette dynamique et il est précieux que l'AHJUCAF puisse assister, en qualité d'observateur, à ces travaux.

L'année 2010 sera marquée par la tenue du XIIIème Sommet des Chefs d'État et de gouvernement francophones programmé à Montreux du 22 au 24 octobre 2010 qui reviendra sur les principaux défis auxquels la Francophonie politique est confrontée.

Parallèlement, la célébration, en 2010, du dixième anniversaire de la Déclaration de Bamako, texte normatif de référence pour l'action de l'OIF en faveur de la promotion de la paix, de la démocratie et des droits de l'Homme, offre aujourd'hui l'opportunité d'un bilan. Un bilan des acquis de la mobilisation des acteurs francophones, de même que des défis posés à notre espace alors que les efforts de consolidation de l'État de droit et de la démocratie se heurtent à des difficultés, à des ruptures, à des situations de crise de plus en plus préoccupantes.

Dans ce contexte, la récurrence d'atteintes à l'indépendance de la justice est clairement observée, notamment par votre réseau.

Nous avons en effet mis en place les bases d'une interaction régulière entre nos activités et il me semble que ce troisième Congrès doit nous permettre de confirmer notre volonté d'agir de concert pour la réalisation d'un certain nombre d'objectifs convergents, auxquels les mouvements d'internationalisation du droit et de la justice confèrent, à mon sens, une nouvelle dimension.

Quels sont ces objectifs prioritaires pour l'OIF ?

- L'objectif tout d'abord d'une présence renforcée des acteurs francophones aux grandes concertations internationales ainsi que de la valorisation permanente de l'expertise franco-

phone, gages d'une participation équilibrée des différents pays et systèmes juridiques représentés au sein de la Francophonie.

La récente participation d'une délégation de l'OIF à la première Conférence de révision du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale (CPI) (Kampala, 31 mai - 11 juin 2010) a bien souligné les efforts qui doivent être conduits pour garantir notre présence et notre influence au moment de ces rendez-vous significatifs. La traduction en français des travaux s'est avérée particulièrement insuffisante, au détriment des délégations francophones.

La promotion de l'expertise est sensiblement facilitée par le travail en réseaux et il nous revient donc de bâtir des stratégies concertées sur les grands enjeux de la justice, qu'il s'agisse de l'indépendance effective de la justice, de la lutte contre l'impunité, du développement de la justice internationale et de son impact sur les juridictions nationales, ou encore de la reconstruction des capacités institutionnelles et juridictionnelles dans les pays en situation de sortie de crise et de transition démocratique.

La nouvelle programmation quadriennale 2010-2013 a bien confirmé ces options et nous entendons, dans ce cadre, promouvoir les réalisations des réseaux francophones.

Le plan d'action de la Francophonie pour Haïti, déposé suite au séisme sans précédent qui a frappé le pays le 12 janvier dernier, vient également souligner la plus value de la contribution, opérationnelle, des réseaux francophones. Et je voudrais, en saluant la participation de la Cour de cassation d'Haïti à ce Congrès, dire une nouvelle fois aux représentants haïtiens toute la solidarité et la disponibilité de l'OIF pour accompagner le renforcement des capacités institutionnelles.

- L'objectif ensuite du perfectionnement des compétences, notamment sur le plan du droit international et régional. Les réseaux, et parmi eux l'AHJUCAF à travers le dispositif de « formation par les pairs » qui a été conçu, font la démonstration de la pertinence du recours au droit comparé au service du renforcement des institutions.

L'évolution des espaces de coopération et d'intégration régionales, associés à un processus d'harmonisation juridique, interpelle également l'espace francophone, à l'instar du processus d'harmonisation du droit des affaires en Afrique porté par l'OHADA que l'OIF a encouragé et soutenu dès ses débuts en 1993. Je me félicite à cet égard de la participation de plusieurs Cours régionales et communautaires aux travaux de l'AHJUCAF, alors que se pose la question d'une meilleure prévention des conflits de normes et de compétences et d'une plus large diffusion de la jurisprudence régionale.

- L'objectif d'une meilleure diffusion de l'information juridique par ailleurs, élément de l'accès à la justice, en liaison avec les différents opérateurs et partenaires impliqués, et parmi eux le réseau francophone de diffusion du droit.

Le développement des technologies de l'information et de la communication à l'échelle mondiale a renouvelé cet enjeu et suppose des efforts croissants de rationalisation de même que l'instauration de synergies pérennes. Je voudrais saluer la capacité de proposition et d'action de l'AHJUCAF sur ce terrain également, aux côtés de l'OIF, dans la redynamisation du portail « droit francophone ».

- L'objectif enfin du suivi de la situation effective de l'indépendance de la justice, à la faveur d'un dialogue permanent entre nos organisations stimulé par le partage de valeurs communes.

Le Secrétaire général de la Francophonie a constitué très récemment un panel de haut niveau sur l'alerte précoce et la prévention des

conflits dans l'espace francophone, panel chargé d'identifier les moyens de renforcer l'action préventive de l'OIF.

Il y a là je pense des perspectives intéressantes de travail en commun, dans le strict respect de l'indépendance et de l'identité de chaque structure. La tenue du précédent congrès de l'AHJUCAF sur l'indépendance de la justice et l'adoption d'une résolution sur cette problématique, de même que la contribution périodique de l'Association à l'élaboration des rapports sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone, reçoivent, comme vous le savez, la plus grande attention de l'OIF.

De la cohérence dans le déploiement de nos activités respectives dépend en effet également l'autorité des messages que nous portons.

J'espère que ces axes de réflexion sauront aiguiller l'approfondissement de la coopération entre l'OIF et l'AHJUCAF, dont l'évaluation aujourd'hui s'avère tout à fait positive.

Permettez-moi, en terminant mon propos, de remercier chaleureusement l'AHJUCAF et la Cour suprême du Canada, pour l'organisation parfaite de cette rencontre.

Je souhaite le plus grand succès à vos échanges et vous remercie de votre aimable attention.

Mot de bienvenue

Monsieur Ghaleb GHANEM, Premier président de la Cour de cassation du Liban, Président de l'AHJUCAF

Chers collègues, Mesdames, Messieurs,

J'ai le plaisir et l'honneur, en ma qualité de Président de l'AHJUCAF, de vous remercier chaleureusement d'avoir répondu à notre invitation, et d'être présents pour notre troisième congrès qui a pour

thème « Internationalisation du droit, internationalisation de la justice ».

Après Marrakech en 2004, puis Dakar en 2007, l'occasion nous est donnée de débattre des rapports entre les juridictions nationales et internationales, des rapports entre les cours nationales, de la réception du droit international par les droits nationaux et de la coopération entre les cours suprêmes.

Partager nos connaissances et nos expériences ne peut que promouvoir la culture du droit dans le monde, ce droit qui doit évoluer, mais évoluer d'une façon cohérente, non anarchique, pour faire face à tous les défis que pose la mondialisation, et régler les rapports qui mettent en présence des intervenants du monde entier, des lois divergentes et des systèmes juridiques variés.

Nous, présidents et membres des cours suprêmes, avons pour devoir de tracer la voie de la bonne justice, de la guider, de partager un langage juridique commun, de cultiver la connaissance, de rapprocher les pensées et de développer le droit uniformément.

C'est en fonction de ce qui précède et en fonction de notre souci d'assurer l'indépendance de la magistrature et l'éthique des juges, et de respecter les droits fondamentaux tels que le droit des enfants et le droit de l'environnement, que nous tiendrons le mardi après midi notre assemblée générale, laquelle déterminera nos projets dans les trois années à venir.

Chers collègues,

Mesdames, Messieurs,

Il est une valeur à laquelle notre association donne la plus grande importance : c'est le règne du droit. Cette valeur pourra englober divers thèmes qui seront, durant ce congrès, ou qui pourront être à l'avenir, dans la sphère de notre attention et de nos débats.

Ce que je viens de suggérer reste naturellement

le grand souci de la Cour de cassation française, et spécialement de son Premier président Monsieur Vincent Lamanda qui aurait souhaité être parmi nous et qu'un empêchement l'a retenu en France... Il vous souhaite un grand succès dans vos travaux.

La Cour de cassation française, la nôtre, et en somme nous tous, partageons les satisfactions et les peines de notre association

Et s'agissant des peines, tournons-nous, je vous en prie, à l'ouverture de nos travaux vers cette terre d'Haïti, terre de francophonie et, cette année, terre de douleur et de deuil pour tout un peuple et pour ses institutions dont celles appartenant à la famille judiciaire.

Amis et collègues d'Haïti, présents ici ou absents, dans la mesure permise par votre tragédie, dans vos juridictions sinistrées, vous suscitez l'émotion, la solidarité et l'admiration. Au-delà de l'aide que vous méritez, vous allez être pour tous, par vos efforts de reconstruction déjà déployés, l'exemple du devoir et de la fidélité à nos valeurs, l'exemple de l'élan vital de la justice et du droit.

Honorons la mémoire de ceux qui, dans l'effroyable séisme du 12 janvier, nous ont quittés. Le Premier d'entre eux, pour nous, représentants des juridictions de cassation, est Maître Jacob Jean-Baptiste, directeur administratif de la Cour de cassation, grand juriste.

J'espère que nos efforts continus seront couronnés de succès. Je vous souhaite une session utile à la mesure de vos attentes, de vos implications, et, pourrai-je dire, de vos obligations.

Par la justice et son outil le droit, nous pourrons bâtir un monde meilleur.

En l'occasion, je me permets d'appeler à cette tribune Maître Georges Moïse, représentant de la Cour de cassation d'Haïti, qui poursuit avec courage une présidence intérimaire commen-

cée en 2004. (S'adressant à Maître MO SE qui prend place à la tribune) Dès le mois de février, sous votre direction, dans les locaux de l'École nationale de la magistrature, sans costumes d'audience restés dans les décombres de la cour détruite, sans matériel ou presque, dans un mobilier sommaire, a été repris le travail de la juridiction. Justice est ainsi, tout de même, rendue. C'était bien un devoir pour nous tous ici de faire précéder par cet hommage notre troisième congrès, et nous vous prions de l'ouvrir. Merci.

Ouverture du congrès

Maître Georges Moïse, vice-président, président par intérim de la Cour de cassation d'Haïti

Honorable Madame la Juge en chef de la Cour Suprême du Canada,
Monsieur le Sous-ministre de la Justice,
Monsieur le Président de l'AHJUCAF,
Chers collègues, Mesdames, Messieurs.

Vous allez m'excuser de faire un accroc au programme. Ce n'était pas prévu, mais j'ai senti la nécessité de dire quelques mots avant de procéder à l'ouverture des travaux.

J'ai été très touché de l'hommage rendu à la Cour de cassation d'Haïti, en particulier et en général aux magistrats haïtiens et aussi à Haïti. Je vous en remercie tant en mon nom personnel qu'au nom de mes collègues. Je profite de l'occasion et me fais un devoir de remercier particulièrement les différentes Cours suprêmes et de cassation, membres de l'AHJUCAF qui, dès la nouvelle de la catastrophe qui s'est abattue sur Haïti, se sont empressées par des messages de sympathie et de solidarité de partager mes douleurs et mes peines.

A ce moment-là, j'avais bien besoin de ces mots de réconfort. Ils m'ont aidé à me retenir sur la pente de la dépression vers laquelle je glissais dangereusement. En effet, il fallait avoir un sacré courage pour supporter la vue horrible de ces milliers de cadavres qui jonchaient les trottoirs des rues de la capitale, des centaines de bâtiments importants effondrés. Je frémis encore à l'idée que si le séisme avait eu lieu deux heures plus tôt, j'aurais été enfoui sous le tas de gravats auquel a été réduit notre Palais de Justice qui abritait la Cour de cassation et deux autres juridictions.

Il est effrayant, le bilan du séisme qui a dévasté Port-au-Prince et les agglomérations voisines sur plus d'une centaine de kilomètres. Près de 300 000 morts et disparus, autant de blessés, environ 125 000 maisons détruites ou endommagées, incluant presque tous les édifices publics et 80% des locaux scolaires. Plus d'un million de personnes vivant dans les rues et sur les places publiques, dans des abris précaires.

Des milliers de gens ont été ruinés en l'espace de 35 secondes. Le travail de toute une vie a été réduit à néant en ce court laps de temps. Beaucoup de larmes ont coulé car chacun avait perdu au moins un parent, un ami cher ou un collaborateur précieux. Des magistrats, des avocats, des membres du personnel judiciaire ont péri sous les décombres. Nous ne cesserons pas de sitôt de pleurer Maître Jacob Jean-Baptiste, ancien greffier en chef des cas administratifs de la Cour de cassation, correspondant national de l'AHJUCAF, dont le corps n'a été dégagé des ruines du Palais que deux mois plus tard. Sa fille unique, âgée d'une année à peine, mourrait de son côté à la même minute que son père au domicile de ce dernier. Je remercie l'AHJUCAF de l'hommage public qu'il lui a rendu par la voie de l'internet.

Un rude coup a été assené à la justice de la région métropolitaine de Port-au-Prince, où pratiquement se concentre toute l'activité judiciaire. La situation est d'autant plus tragique qu'au mo-

ment où la terre tremblait, des gardiens effrayés ou corrompus ont ouvert les portes du pénitencier national d'où se sont évadés plus de 4 000 détenus qui s'y trouvaient, parmi lesquels de dangereux bandits qui ont vite repris leurs pratiques de vols à main armée, de kidnappings et d'assassinats.

La Police fait de son mieux pour les reprendre, mais la justice n'est pas au rendez-vous pour les juger. Les tribunaux des zones touchées fonctionnent au ralenti. Le tribunal de première instance de Port-au-Prince est réduit au strict minimum : une Chambre Correctionnelle hébergée sous une tente et la Chambre des Référés. La Cour d'appel qui dessert quatre juridictions de première instance est également en dysfonctionnement, faute de local.

Quant à la Cour de cassation, le moins qu'on puisse dire est qu'elle végète, dépourvue de son mobilier disparu dans les ruines du Palais de Justice, avec les trois quarts de ses archives et dossiers en cours de traitement. Je profite de l'occasion pour, au nom de la Cour, remercier l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF), qui est venue à notre secours en nous fournissant quelques équipements, quelques ordinateurs et imprimantes, classeurs métalliques, machines à écrire, ventilateurs, fontaines.

Nous espérons recevoir du matériel supplémentaire. Le pays a reçu à la suite du désastre des secours humanitaires de nombreux pays amis, parmi lesquels le Canada et la France, cette dernière soit seule, soit à travers l'Union Européenne. Nous leurs en sommes reconnaissants. Des promesses ont été faites. Des engagements ont été pris pour aider à la reconstruction d'Haïti, mais comme toujours ces promesses tardent à se concrétiser.

Pendant ce temps, l'économie nationale continue à s'étioler. Les réfugiés dans les camps sont battus par la pluie diluvienne, à la merci des

inondations et leur cortège de maladies et d'épidémies, tout en priant Dieu d'épargner au pays les cyclones dévastateurs dont la saison vient de débiter.

Chers collègues, Mesdames et Messieurs, excusez-moi de vous importuner avec mes jérémiades. Je sais que vous avez hâte de commencer vos travaux. Aussi, sans plus tarder, au nom de la Cour de cassation d'Haïti et en vertu des privilèges qui m'ont été accordés par les organisateurs, je déclare ouverts les travaux du troisième congrès de l'AHJUCAF. Merci.

Rapport introductif

Maître Daniel JUTRAS, doyen de la faculté de droit de l'Université McGill

Madame la Juge en chef McLachlin,
Mesdames et Messieurs les Présidents, Juges en chef, Mesdames, Messieurs les Juges,
Distingués invités, Collègues universitaires.

Introduction

Le thème de ce troisième congrès est celui de l'internationalisation de la justice et de l'internationalisation du droit. Il est exposé sans point d'interrogation, mais on aurait pu en ajouter un. Ce rapport introductif sera donc en forme d'interrogation : quelle est la portée de cette internationalisation de la justice et de cette internationalisation du droit ?

Le découpage du thème, tel que nous l'avons envisagé dans le questionnaire distribué aux rapporteurs nationaux, s'appuyait sur deux constats. Premier constat : le phénomène de l'internationalisation touche à la fois les institutions judiciaires et la règle juridique elle-même. On assiste aujourd'hui à l'émergence et à l'accroissement de juridictions internationales, régionales, communautaires, qui s'éloignent d'un modèle d'ordre judiciaire rattaché à un État na-

tion : internationalisation de la justice, dira-t-on. On assiste aussi à l'émergence de règles juridiques qui ne sont plus exclusivement rattachées à un système juridique national, ainsi qu'à un dialogue continu des traditions juridiques : internationalisation du droit, dira-t-on. Puis, un deuxième constat : l'internationalisation se déploie à la fois sur le terrain supranational, en dehors des institutions nationales proprement dites, mais aussi dans la nécessaire coordination des juridictions et des normes nationales elles-mêmes. En d'autres termes, l'internationalisation se manifeste non seulement dans la construction possible d'un ordre juridique international, mais aussi dans la régulation des échanges entre les cours nationales elles-mêmes.

C'est un vaste thème, que les rapporteurs nationaux ont traité avec beaucoup de générosité et d'intelligence, examinant les rapports croisés qui résultent de ces deux constats : internationalisation de la règle et des institutions, à la fois sur le terrain supranational et sur le terrain national. Je ne souhaite pas, dans ce rapport introductif, faire la synthèse de ce riche travail effectué par les rapporteurs nationaux. Je me contenterai ici de souligner quelques enjeux fondamentaux sur trois terrains précis, enjeux qui sont évoqués de manière récurrente dans chacun des rapports nationaux et dans chacune des interventions présentées lors du colloque lui-même.

J'examinerai donc d'abord l'entrelacement des espaces juridiques international et nationaux, puis la question du contentieux transnational, pour enfin ajouter quelques mots sur la mobilité du droit.

I. Un ordre juridique supranational ?

Existe-t-il un ordre juridique supranational ? Se dirige-t-on vers une espèce d'ordre juridique globalisé maintenant qu'on connaît de plus en

plus d'institutions supranationales, communautaires et régionales, dont la juridiction s'ajoute à celle des juridictions nationales ? La question doit être envisagée tant du point de vue des institutions que du point de vue des normes.

A. *L'internationalisation des institutions judiciaires*

Quant aux institutions, on constate que l'on est assez loin en fait d'un ordre judiciaire supranational. Il n'y a pas un système judiciaire hiérarchiquement organisé à l'échelle internationale, ni de pyramide des institutions judiciaires ou d'ordres de juridiction superposés. Il y a plutôt un entrelacement des juridictions nationales, régionales, internationales, transnationales, privées et publiques d'ailleurs, conduisant toutes à un accroissement du partage de l'activité juridictionnelle assez caractéristique de l'ère des réseaux au milieu de laquelle nous vivons. Mais s'il n'y a pas de véritable ordre judiciaire supranational, les institutions de justice n'en sont pas moins internationalisées.

L'internationalisation des institutions judiciaires se manifeste d'abord par l'insertion de juridictions nationales dans un ordre régional ou communautaire. Ici, on discerne trois modes d'insertion, reproduits un peu partout au sein de la francophonie.

Premier mode, celui de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA qui comporte un véritable recours en cassation des décisions des juridictions nationales. La CCJA de l'OHADA rend des arrêts qui ont une portée obligatoire dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au traité de l'OHADA. En ce sens, il s'agit dans ce cas véritablement d'un quatrième ordre de juridiction.

Deuxième mode, qui s'éloigne de l'idée d'un

quatrième ordre de juridiction : celui que l'on trouve, par exemple, à la Cour de justice des communautés européennes ou à la Cour de justice de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA). Dans l'un et l'autre cas, on aperçoit une forme d'insertion dans un ordre régional ou communautaire qui prévoit des renvois sur les questions préjudicielles, en particulier pour préciser les points d'interprétation du droit communautaire ou du droit régional, non plus en forme de cassation, dans ce cas, mais en forme d'interprétation contraignante d'un droit communautaire. Les arrêts rendus par la Cour de Justice sont contraignants, en ce sens que les juridictions nationales destinataires sont liées par les interprétations du texte communautaire ou régional retenu par la Cour de justice. On pourrait aller plus loin et affirmer, comme certains des rapports nationaux le font, que ces jugements ont un caractère jurisprudentiel contraignant pour les juridictions nationales non seulement dans les dossiers où les décisions sont rendues, mais pour toutes les juridictions nationales et dans tous les États membres – il s'agirait alors d'une espèce de 'case law' selon certains rapporteurs. Le même mécanisme opère à la Cour de Justice de l'Union économique et monétaire ouest-africaine, comme l'expose d'ailleurs Monsieur Zinzindohoue dans son texte sur l'UEMOA.

Troisième mode d'insertion, celui de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui résulte de l'article 46 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Ici, ni cassation, ni renvoi préjudiciel, ni non plus un quatrième degré de juridiction. Plutôt une requête déposée par un individu pour violation de la Convention européenne des Droits de l'Homme, à condition bien sûr de l'épuisement des recours. L'arrêt est rendu contre l'État, une partie contractante qui s'engage à se conformer aux dispositions de

l'accord international auquel elle est partie. Il s'agit d'arrêts déclaratoires, non pas cassatoires, comme ce que l'on constatait ci-dessus à l'égard de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA. Ces arrêts n'ont pas formellement d'incidence directe en droit interne et ne constituent pas la réformation d'un jugement de juridiction nationale, mais de facto, sur le terrain, ces arrêts ont une influence très nette sur la jurisprudence des Cours de cassation européennes et les États prennent les mesures pour se conformer à ces arrêts.

Ces trois modes d'insertion dans un ordre régional ou transnational obligent les Cours nationales à interagir de manière très fréquente avec des ordres juridictionnels supranationaux ou régionaux, non pas dans un cadre hiérarchique, mais dans un cadre essentiellement horizontal. C'est un phénomène qui n'est pas très récent, mais le rôle de ces juridictions régionales et transnationales est en croissance et leur présence se fait sentir de manière tout à fait significative.

L'internationalisation des institutions judiciaires se manifeste aussi, bien entendu, dans l'apparition de nouvelles juridictions internationales. On songe par exemple au tribunal pénal international pour la Yougoslavie, ou pour le Rwanda - l'un et l'autre établi par le Conseil de sécurité de l'ONU - et plus récemment, à la création de la Cour pénale internationale par le Traité de Rome du 17 juillet 1998. La Cour pénale internationale n'intervient en principe que lorsque les juridictions nationales se montrent incapables d'intervenir et d'apporter une solution au problème posé. On peut se demander si ce principe de complémentarité ne deviendra pas la source d'une norme internationale d'équité procédurale, de pratique appropriée et donc un laboratoire véritable de culture juridique mixte ou pluraliste ? Plus largement, et compte tenu de leur composition,

peut-on imaginer que ces cours internationales deviennent des lieux où la conception même de la justice et du processus judiciaire s'internationalise ? Le tribunal pénal international pour la Yougoslavie, pour le Rwanda, sont-ils des laboratoires de mixité ou de pluralisme juridique ? Ou faut-il craindre au contraire, comme l'évoquent certains rapporteurs, que l'établissement de ces cours internationales ne soit la manifestation des rapports de force et des rivalités qui subsistent à l'échelle internationale ?

Et puis, finalement, comment parler d'internationalisation de la justice sans constater l'accélération marquée du phénomène de l'arbitrage commercial international qui opère en marge, dans ce cas, des juridictions nationales et internationales ? Les juges nationaux devraient-ils être préoccupés par cette marginalisation de la justice étatique au profit d'une justice privée internationale ? À l'inverse, si la marginalisation possible de la justice étatique n'est pas une menace, dans quelle mesure les juridictions nationales devraient-elles apporter leur soutien à l'arbitrage commercial international par l'examen et le respect des clauses compromissoires, par l'exécution des sentences, par l'acceptation d'un cadre normatif globalisé ? Le rapport du Professeur Bachand jette un éclairage fort utile sur ces questions.

Autant de questions soulevées par l'émergence d'un grand nombre de Cours régionales, internationales, transnationales, publiques, privées qui accélèrent l'entrelacement des institutions et des normes et contribuent à l'internationalisation de la justice et des institutions de justice. Se développe évidemment en même temps un accroissement des manifestations du droit international ou transnational matériel, c'est-à-dire de la dimension substantielle du droit, en particulier en matière économique, mais aussi plus récemment en matière de droit de l'Homme. Quel est l'impact de ce droit interna-

tional en croissance sur la configuration du droit national ?

B. L'internationalisation du droit substantiel

Évidemment, le droit international s'impose à l'ordre interne. Les réponses au questionnaire transmises par les rapporteurs montrent les différentes modalités de cette intégration des règles internationales en droit national, qui vont de la ratification à la transposition par voie législative. Plusieurs distinctions fondamentales s'imposent : il y a d'une part les règles qui découlent des traités, lesquelles sont assujetties à des processus formels d'intégration, et d'autre part, les règles du droit international découlant de la coutume ou des principes généraux qui n'ont pas, normalement, à être intégrés formellement dans l'ordre interne. On évoquera aussi l'analyse distincte qui est requise à l'égard des règles particulières propres à certains ensembles régionaux, qu'il s'agisse par exemple de l'intégration automatique du droit communautaire dérivé, des règlements et directives qui ont force de loi dans la Communauté européenne sans autre formalité, des mécanismes analogues pour les actes uniformes de l'OHADA, ou encore des règles émergeant de la communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale ou de l'Union économique et monétaire ouest-africaine.

L'ensemble de ces règles internationales entre éventuellement dans l'ordre juridique domestique et les pouvoirs exécutif et législatif sont les premiers moteurs de cette intégration. Cela dit, un rôle très important est aussi confié aux juges nationaux dans la mise en œuvre et l'interprétation de ce droit international dans l'espace domestique. On verra par exemple dans le rapport de Madame Taxil une discussion des

effets assez tardifs et parfois partiels de l'intégration par l'exécutif et le législatif des normes internationales dans le droit interne, et de la nécessité que ces échecs soient corrigés par une action plus vigoureuse et une interprétation judiciaire plus effective. De même, comme le souligne le rapport de Monsieur Ba, les juridictions nationales sont des partenaires essentiels des juridictions internationales dans la mise en œuvre des décisions rendues par ces dernières, comme le montre l'expérience de la Cour pénale internationale.

Par ailleurs, de manière peut-être plus radicale, les juridictions nationales jouent un rôle dans l'interprétation et la mise en œuvre du droit international en droit domestique dans les cas où l'on accepte la compétence ou juridiction universelle, en particulier en matière de crime contre l'humanité, d'atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine, de crimes contre les enfants, etc. La version la plus radicale de cette compétence ou juridiction universelle s'est manifestée dans la législation belge de 1993, aujourd'hui battue en retraite, et dont Monsieur Goethals traite en détail dans son rapport. L'Alien Tort Claims Act aux USA donne lieu lui aussi à une forme de juridiction universelle par laquelle les tribunaux américains s'attribuent la compétence de traiter de questions qui n'ont pas vraiment de facteurs de rattachement ou de motifs de rattachement étroits avec la juridiction américaine.

En dehors de ces cas assez étroits mais néanmoins très significatifs de juridiction universelle, les juridictions nationales, en matière civile, en particulier commerciale, recherchent des facteurs de rattachement réels entre les litiges et le for et restreignent donc leur intervention vis-à-vis des affaires et litiges extérieurs à leur espace territorial. Les principes du droit international privé servent ainsi à gérer un contentieux transnational qui est lui aussi en croissance. C'est le

deuxième thème récurrent dans les rapports nationaux, qui mérite qu'on s'y arrête un instant. Sur ce terrain, on s'éloigne des juridictions supranationales, régionales, communautaires pour s'intéresser au rapport qui existe à l'horizontale, entre les juridictions nationales, attribuable aux nouveaux flux et échanges transfrontaliers et à la circulation accrue des biens et personnes.

II. Un contentieux transnational

Le droit international privé n'est pas nouveau. Il existe des litiges transfrontaliers depuis très longtemps, mais on constate évidemment un accroissement de ce contentieux transnational dans toutes les juridictions, y compris celles de la Francophonie. Évidemment, ce contentieux offre des occasions de collaboration entre les juridictions nationales, mais génère aussi potentiellement un espace de compétition entre ces juridictions nationales. Dans les rapports présentés en réponse au questionnaire préparatoire, on traite de manière assez étendue de la reconnaissance et de l'exécution du jugement étranger, des procédures d'exequatur et des normes particulières qui prévoient, dans certains ensembles régionaux ou accords bilatéraux, la mise en œuvre automatique, sans autre formalité ou avec des formalités très réduites, des décisions rendues dans des juridictions étrangères. Qu'on pense par exemple, à l'échelle européenne, au règlement Bruxelles I qui favorise la libre circulation des jugements en matière civile et commerciale au sein de la Communauté européenne, ou encore à la collaboration judiciaire en matière pénale, à l'échelle internationale, en particulier le remplacement des procédures d'extradition par un mandat d'arrêt européen et par la confiance légitime réciproque que s'offrent les pays de la Communauté Européenne.

Que dire de ce contentieux transnational ? Quelques pistes se dégagent, ici encore en forme d'interrogations.

Première question, soit celle de l'internationalisation du droit international privé. Évidemment, les régimes de droit international privé sont des régimes juridiques nationaux, élaborés à l'intérieur de chacune des juridictions. Il y a aussi, à l'égard du droit international privé, une forte tendance à l'harmonisation des régimes menée par les organisations internationales. A-t-on atteint un degré de convergence suffisant ou en tout cas de coordination suffisante du droit international privé et de ses modèles pour assurer une juste résolution des conflits de loi dans l'espace ? C'est l'objet du rapport de Monsieur Castel.

Deuxième question qui résulte de l'émergence de ce contentieux transnational : assistera-t-on en même temps à l'émergence d'un marché des ordres juridiques ? Les institutions judiciaires sont-elles une commodity, comme on dit en anglais, un bien de consommation qu'on peut choisir ? Des clauses d'élection de for, évidemment, existent en droit international privé. Sont-elles maintenant le véhicule par lequel les parties choisiraient les juridictions où il fait bon vivre et où il est juste de déposer les recours ? Entre-t-on dans une période de forum shopping, ou même de lex shopping, c'est-à-dire ce choix que l'on peut faire du forum et du cadre juridique le plus approprié au traitement d'un litige en particulier ? Les parties choisissent déjà, on l'a dit, des forums d'arbitrage en droit commercial international, et rien n'exclut la possibilité d'un forum shopping à l'égard des juridiction nationale. Sur ce terrain, on connaît les controverses qui ont émergé du rapport Doing Business émis par banque mondiale, qui a fait couler beaucoup d'encre dans les pays de droit civil.

Quant au forum shopping, les réponses aux

questionnaires sont assez minces, mais c'est d'abord en raison de l'impossibilité de mesurer véritablement le phénomène. Personne n'est vraiment assez confiant pour affirmer que sa juridiction est délibérément choisie par les parties en litige et inversement, personne n'est assez malheureux pour affirmer que sa juridiction est boudée par les parties à un litige. Par ailleurs, évidemment, quelques règles ponctuelles assurent la compétence exclusive des juridictions nationales en certaines matières, mais il s'agit de terrains ou de champs assez restrictifs qui posent la question de cette ouverture des tribunaux et de ce marché des ordres juridiques. On trouve néanmoins quelques exemples qui montrent l'attractivité relative des certaines juridiction. Au Canada, par exemple, il y a un marché des ordres juridiques dans la mise en œuvre des recours collectifs à l'échelle provinciale, qui conduit à un choix stratégique des juridictions parmi les différentes provinces pour déposer les recours collectifs. Verra-t-on, à plus grande échelle, les juridictions européennes et africaines se doter de régimes de recours collectifs, par crainte de voir les litiges démenager vers l'Amérique du Nord ?

Troisième question qui résulte de l'accroissement du contentieux transnational : la question des conflits de valeurs, qui revient sans cesse dans la discussion des processus de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. En effet, l'une des conditions récurrentes de la reconnaissance du jugement rendu à l'étranger et leur exécution dans l'espace national est celle de sa conformité à une notion d'ordre public. Ce dernier est formulé de manière variable dans le temps et dans l'espace. Pour beaucoup de juridictions, c'est l'ordre public national qui compte. Pour certaines juridictions, c'est un ordre public international qui reste à définir, et dont le contenu n'est pas tout à fait déterminé au moment où les parties envisagent la recon-

naissance du jugement. Que faire de ces conflits de valeur ? Dans quelle mesure et jusqu'à quel point les juridictions nationales sont-elles prêtes à faire fi de ce qui apparaît comme essentiel à leur ordre public national, pour assurer la courtoisie et l'exécution à l'échelle internationale de décisions qui ne heurtent pas ce que l'on pourrait qualifier d'ordre public international ? Les rapports nationaux montrent des perspectives assez divergentes sur cette question.

III. La mobilité du droit

Il est indubitable que, de bon gré ou malgré eux, les juges nationaux sont au cœur du phénomène d'internationalisation du droit et de la justice. Certains affirment même que les juges nationaux sont des agents de la mondialisation. On constate, d'ailleurs, le passage de juges des ordres nationaux vers l'ordre international et inversement, de telle sorte que les groupes se mélangent, qu'on a désormais une classe judiciaire internationale qui, potentiellement, serait au cœur de ce phénomène d'internationalisation. Mais même les juges nationaux participent à la mobilité du droit. Il s'agit ici non plus de la mobilité des parties ou de la mobilité du contentieux ou même de la création d'institutions internationales qui conduisent à l'imposition de normes internationales dans l'ordre interne, mais plutôt de la mobilité du droit lui-même, des valeurs et des modèles juridiques, et de l'apparition d'un espace de dialogue entre les juges et les juristes.

Que dire de cette conversation continue des juges à l'échelle mondiale, de ce « commerce des juges », pour reprendre l'expression d'Antoine Garapon ? J'évoque ici trois enjeux, toujours en forme d'interrogation.

Se pose d'abord la question de la place du droit comparé et des greffes de normes formu-

lées à l'étranger à l'intérieur d'un ordre interne. Ici, curieusement, peu de rapports nationaux indiquent que leur juridiction accorde une importance significative au droit comparé ou qu'elle recourt au droit étranger dans la résolution des litiges en droit national. Le Canada, compte tenu de son histoire juridique et de sa tradition mixte, fait exception. L'Ile Maurice aussi, pour des motifs analogues. Les rapports de Madagascar, du Mali, de la Suisse et du Tchad montrent aussi un certain intérêt pour le droit comparé. S'il faut admettre que le commerce des juges ne peut que s'accroître, à l'échelle mondiale, les questions de méthode du droit comparé se poseront très certainement. Comment, en effet, utiliser le savoir qui résulte de ces échanges accélérés que nous avons les uns avec les autres ? À quelles conditions peut-on faire usage des normes développées à l'étranger ? À quelles fins, pour quoi faire ? Les rapports des professeurs Hourquebie et Valcke soulignent avec justesse toutes les embûches, mais aussi tous les bénéfices, du droit comparé.

Le deuxième enjeu est celui de la formation des juges. S'il est vrai que les juges nationaux sont confrontés au quotidien au phénomène d'internationalisation du droit et de la justice, quelles conséquences cela emporte-t-il pour la formation des juges ? Doit-on mieux former les juges sur les pratiques, principes, modalités du droit international ? Doit-on mieux former les juges sur les principes, pratiques, orientations du droit comparé ? Doit-on favoriser des échanges d'informations, des cadres formels pour le dialogue, des régimes internationaux qui serviraient cette croissance d'une classe judiciaire internationale ?

Le troisième enjeu est celui de la culture juridique civiliste. S'il est vrai que les juges nationaux sont au cœur d'un phénomène d'internationalisation du droit et de la justice, quelles sont les conséquences particulières de

ce phénomène pour la Francophonie ? Quelles sont les conséquences particulières de ce phénomène pour les traditions de droit civil qui sont dominantes au sein de la Francophonie ? D'aucuns affirment que les juridictions nationales de la Francophonie sont à la croisée des chemins, qu'elles sont maintenant confrontées à ce choix de l'internationalisation et de la place accrue du droit comparé dans l'élaboration des normes dans la quête des meilleures solutions. Les juges civilistes se distinguent-ils à cet égard de leurs collègues des juridictions de Common Law où le juge se définit moins par son rapport à la nation, à son pays que par son rapport à la tradition de Common Law ? Faut-il admettre au contraire que les juges civilistes ont un rattachement identitaire beaucoup plus serré avec l'ordre national au sein duquel ils opèrent, et qu'ils ont, de ce fait, un chemin plus ardu à franchir pour parvenir à cet effort d'internationalisation de la justice et du droit ?

serait peut-être d'assurer que les institutions de justice, nationales et internationales, servent véritablement la coopération et la gouvernance à l'échelle globale pour mieux répondre aux grands enjeux mondiaux: la santé et la sécurité des habitants de cette planète, le respect de leur dignité d'êtres humains, la gouvernance démocratique, la préservation des écosystèmes, le développement durable, l'éradication de la pauvreté, le partage de la richesse à l'échelle planétaire. La justice internationalisée doit répondre à ces grands enjeux internationaux, sinon, elle n'a pas de sens à long terme.

Conclusion

J'en arrive, au terme de ce bref rapport introductif, à la question la plus fondamentale : l'internationalisation du droit, de la justice, est-elle un état de fait ou une aspiration ? Souhaite-t-on une internationalisation accrue des institutions de justice, une internationalisation accrue du droit ? A quelles fins ? Sur ce terrain, on trouve dans les rapports nationaux, en filigrane, à la fois un certain enthousiasme cosmopolitique, mais aussi une certaine défense souverainiste, une certaine conception des ordres juridiques qui est relativement imperméable, du moins sur le plan formel, à l'influence du reste du monde, du droit international, et du droit comparé.

Il faut néanmoins poser cette question des finalités de l'internationalisation de la justice, au-delà de l'exotisme et de la fausse modernité du dialogue entre les juges. La finalité première

Atelier I

Rapports juridictionnels entre les juridictions nationales et internationales

Président de séance :

Monsieur Ndong FALL

président de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada

Autorité juridictionnelle des cours internationales à l'égard des cours nationales :

le cas de la Cour de Justice de l'UEMOA.

Monsieur Abraham D. ZINZINDOHOUE, ancien Ministre, ancien Président de la Cour Suprême du Bénin et de la Cour de Justice de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)

L'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a été créée par le Traité de Dakar du 10 janvier 1994 et regroupait à l'origine les sept pays de l'Afrique de l'Ouest ayant en commun l'usage du Franc CFA (Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal et Togo).

Le Traité est entré en vigueur le 1^{er} août 1994, après sa ratification par les États membres.

La Guinée-Bissau est devenue le 8^e État membre de l'Union, le 02 mai 1997 en conformité d'un accord d'adhésion.

Sans préjudice des objectifs définis dans le Traité de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA), l'UEMOA poursuit, dans les conditions établies par le Traité de Dakar, la réalisation des objectifs ci-après :

- Renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des États membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé ;

- Assurer la convergence des performances et des politiques économiques des États membres par l'institution d'une procédure de surveillance multilatérale ;

- Créer entre États membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale ;

- Instituer une coordination des politiques sectorielles nationales, par la mise en œuvre d'actions communes et éventuellement de politiques communes notamment dans les domaines suivants : ressources humaines, aménagement du territoire, transports et télécommunications, environnement, agriculture, énergie, industrie et mines ;

- Harmoniser, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun, les législations des États membres et particulièrement le régime de la fiscalité.

Pour atteindre ces objectifs, le Traité de l'UEMOA¹ a mis en place un certain nombre d'Organes qui agissent dans la limite des attributions qui leur sont conférées et dans les conditions prévues par les Traités de l'UMOA et de l'UEMOA. Il s'agit de :

- **la conférence des Chefs d'État et de Gouvernement** qui définit les grandes orientations de la politique de l'Union ;

- **du Conseil des Ministres**, dont le rôle est d'assurer la mise en œuvre des orientations générales définies par la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement. Il peut, dans ce domaine, déléguer à la Commission l'adoption des règlements d'exécution des actes qu'il édicte.

- **de la Commission**, qui joue un rôle central dans le dispositif institutionnel de l'Union car, politiquement indépendante des gouvernements nationaux, elle sert de trait d'union entre

l'Union, les États membres, les États tiers et autres Organisations internationales dans un système où, les États membres restent des pays souverains et indépendants mais exercent une partie de leur souveraineté en commun, afin d'acquiescer sur le plan économique une situation et une influence qu'aucun d'entre eux ne pourrait posséder seul.

- Mais au-delà de ce rôle, la Commission s'est vue reconnaître de larges pouvoirs sur lesquels elle doit s'appuyer pour faire atteindre à l'UEMOA, les objectifs qu'elle s'est fixés. C'est ainsi que l'article 26 du Traité lui confère, en vue du bon fonctionnement et de l'intérêt général de l'Union, des pouvoirs propres qui sont complétés par d'autres attributions émanant soit du même Traité (Droit primaire), soit du droit dérivé UEMOA (Règlements, Directives, Décisions, etc.).

- Au total, la Commission de l'UEMOA dispose de compétences diverses regroupées, de manière non exhaustive, dans les domaines de l'exécution et de la gestion, de la coopération internationale, de l'impulsion de la construction communautaire et de l'application du droit communautaire.

- **de la Cour des Comptes** dont la mission est d'assurer le contrôle de l'ensemble des comptes des organes de l'Union, tant du point de vue de la régularité que de l'efficacité de l'utilisation des ressources ;

- **de la Cour de Justice** qui, aux termes des dispositions de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1, est chargée de veiller au respect du droit quant à l'interprétation et à l'application du Traité de l'Union. Le poids de la Cour de Justice dans l'architecture institutionnelle et le rôle qu'elle doit jouer dans l'atteinte des objectifs de l'Union sont donc considérables. En effet, si la violation des normes adoptées doit rester sans sanction, on peut affirmer sans se tromper qu'il n'y aura point d'intégration effective. La

Cour de Justice de l'UEMOA exerce sa mission à l'intérieur d'un système juridique propre à cet espace, sur la base d'une compétence d'attribution découlant des dispositions des articles 38 du Traité, 1er, 5 à 17 du Protocole additionnel n°1 relatif aux organes de contrôle et des textes subséquents, conformément à une procédure spécifique et en collaboration avec les tribunaux des États membres dans le cadre d'un dispositif qui intègre les deux systèmes qui, quoique différents, ont tous les caractères d'une organisation juridictionnelle interne.

À côté de ces Organes, le Traité a également créé au sein de l'Union, un Comité Interparlementaire (Organe de contrôle parlementaire, en attendant la création d'un Parlement de l'Union), des organes consultatifs et des institutions spécialisées autonomes (BCEAO et BOAD) qui concourent également à la réalisation des objectifs de l'Union.

La mise en œuvre d'un processus d'intégration économique nécessite toujours, au-delà du Traité qui en constitue le socle, la production et l'application de normes juridiques destinées à la poursuite d'objectifs prédéfinis.

Des structures ayant vocation à l'intégration économique ou à l'harmonisation juridique existent en Afrique. On peut en citer la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)... Aucune d'elle n'a échappé à la règle consistant à produire ses propres normes, lesquelles normes priment sur les droits nationaux.

En effet, le principe de primauté a été posé par la Cour de Justice des Communautés Européennes sur la base d'une interprétation globale du système communautaire et eu égard à

l'absence d'une clause générale de supériorité du droit communautaire sur les droits nationaux dans les traités constitutifs dont elle a pour mission d'assurer l'interprétation et l'application uniforme².

Le principe de primauté est celui selon lequel l'ensemble du droit communautaire prime sur l'ensemble du droit national. Cela signifie qu'en cas de contradiction entre une norme communautaire et une norme nationale, il conviendra toujours d'écarter la seconde au profit de la première.

Ce principe de primauté est repris dans les Traités instituant les Organisations africaines précitées, notamment à l'article 6 du Traité UEMOA. Il résulte de cet article 6 que « Les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque État membre notwithstanding toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure. »

Ce principe permet donc à lui seul d'entrevoir la manifestation d'une certaine autorité juridictionnelle des Cours communautaires à l'égard des Cours nationales.

Dans l'espace couvert par l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine, {où nous allons circonscrire notre intervention} cette autorité juridictionnelle de la Cour communautaire à l'égard des Cours nationales se manifeste dans la nature horizontale ou verticale de la relation existante entre la Cour communautaire et les Cours nationales.

Ainsi, l'autorité juridictionnelle qui découle de la relation horizontale se manifeste à travers le mécanisme mis en place pour permettre à la Cour de Justice de l'UEMOA de veiller au respect du droit quant à l'interprétation et à l'application du droit communautaire, **le recours préjudiciel**, tandis que celle découlant de la relation verticale se manifeste à travers **la force attachée aux décisions de la Cour de Justice communautaire**.

Faut-il le rappeler, la Cour est compétente, selon l'article 15, du Règlement n°01/96/CM portant règlements de procédure de la Cour de Justice de l'UEMOA, pour connaître :

- du recours en manquement ;
- du recours en appréciation de légalité (ou en annulation) ;
- du plein contentieux de la concurrence ;
- du recours du personnel de l'Union,
- du recours en responsabilité (non contractuelle) ;
- du recours préjudiciel ;
- des avis, des recommandations ;
- des clauses d'arbitrage.

De tous ces recours, c'est le recours préjudiciel qui nous permet de mettre en exergue **les rapports horizontaux (I)** d'une part et **les rapports verticaux (II)** d'autre part, entre la Cour communautaire de l'UEMOA et les juridictions nationales des pays membres de l'Union.

I. Les rapports horizontaux ou apparente horizontalité

Le mécanisme du recours préjudiciel est le symbole de la relation horizontale entre la Cour de Justice de l'UEMOA et les Cours nationales et la manifestation de l'apparence d'absence d'autorité juridictionnelle de la Cour communautaire.

Le recours préjudiciel est une procédure par laquelle une juridiction nationale ou une autorité à fonction juridictionnelle pose à la Cour de Justice une question portant sur l'interprétation ou l'appréciation de la légalité, c'est-à-dire la validité d'une norme communautaire, dans un litige dont elle est saisie.

C'est le procédé technique choisi par le législateur communautaire pour assurer l'application uniforme du droit communautaire, plus exactement pour assurer en toutes circonstances, à ce droit, le même effet dans tous les États membres de l'Union.

Ainsi, il apparaît comme dialogue de juge à juge, c'est-à-dire qu'il constitue un mécanisme de coopération judiciaire au service des États membres. Comme tel, il permet aux juridictions des États membres qui sont appelées à appliquer le droit communautaire aux litiges portés devant elles, de prononcer le sursis à statuer et d'interroger la Cour de Justice sur l'interprétation ou la validité de la norme communautaire.

A. Le recours préjudiciel en interprétation

L'interprétation demandée peut porter sur l'ensemble du droit communautaire de l'Union. Elle est nécessaire pour garantir l'interprétation et l'appréciation uniforme du droit communautaire UEMOA.

Toutefois, la Cour de Justice interprète sans pour autant appliquer, parce que l'interprétation donnée par la Cour de Justice ne doit pas comporter une application du droit communautaire à une affaire donnée ; la Cour de Justice n'étant pas appelée à trancher directement le cas soumis au juge national.

L'utilisation de l'interprétation donnée par la Cour de Justice relève toujours et exclusivement du juge national.

L'interprétation donnée par la Cour de Justice doit être suffisamment concrète pour être utile à la juridiction de renvoi, c'est-à-dire que la Cour de Justice doit se borner à fournir au juge national les éléments d'appréciation qui lui sont nécessaires en l'éclairant sur le sens et la portée du droit communautaire.

B. Le recours préjudiciel en validité

Le recours préjudiciel vise également à apprécier la validité c'est-à-dire la légalité des actes énumérés plus haut mais résultant du droit dérivé. En effet, aux termes de l'article 12 du Protocole Additionnel N°1 «la Cour de Justice statue à titre préjudiciel, sur l'interprétation du Traité de l'Union... », Ce qui exclut de l'appréciation de validité, le Traité, les Protocoles Additionnels et Actes additionnels pris par la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement.

Toutefois, dans le cadre du contentieux de la Fonction Publique Communautaire, un recours en annulation ou appréciation en légalité d'un Acte Additionnel (recours direct) a pu prospérer dans une célèbre affaire : Eugène YAÏ contre la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement de l'UEMOA.

Cette affaire n'a connu son épilogue qu'au terme de trois arrêts : Arrêts n°3/2005 du 27 avril 2005 ; n° 01/2006 du 05 avril 2006 et Arrêt n°01/2008 du 30 avril 2008. Tous confirment la compétence de la Cour qui fait ainsi œuvre jurisprudentielle et qui fait une distinction fondamentale au plan de la doctrine entre Acte additionnel de portée générale « Les Actes additionnels au Traité de l'Union qui le complètent sans pour autant le modifier » et « Acte Additionnel à portée individuelle qui est susceptible de faire grief ».

Les premiers analysés comme Actes de gouvernement sont inattaquables devant la Cour et jouissent de l'immunité de juridiction, alors que le second est susceptible de recours en annulation ou appréciation de légalité.

L'appréciation en validité, dans le cadre d'un recours préjudiciel, est en réalité une appréciation en légalité. C'est pourquoi, lorsqu'elle statue, la Cour de Justice à l'instar de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE),

se borne à mentionner dans son dispositif « dit pour droit » ou l'acte visé est « invalide ».

La Cour de Justice ne peut prononcer l'annulation de l'acte déclaré invalide. Cette faculté appartient à l'institution ou l'organe dont il émane.

Les autorités nationales doivent rapporter les actes pris sur le fondement ou en application de l'acte déclaré « invalide ».

La conséquence est que les juridictions nationales sont habilitées à donner suite à l'exception d'illégalité qui a motivé le renvoi en écartant l'application de l'acte dans l'affaire dont elles sont saisies **au principal**.

En conséquence de ce qui précède, on peut dire qu'en apparence, le mécanisme du recours préjudiciel n'apparaît pas comme la manifestation de l'autorité juridictionnelle de la Cour communautaire à l'égard des Cours nationales.

En réalité, même en l'absence d'un rapport hiérarchique parfait, l'apparence sus-décrite est trompeuse. En effet, le mécanisme du recours préjudiciel doit obligatoirement être usité par les Cours nationales dans certains cas (A) et le contenu des arrêts rendus dans ce domaine s'impose aux Cours nationales (B), ce qui constitue la manifestation d'une autorité hiérarchique. Le mécanisme d'exécution des arrêts de la Cour de Justice de l'UEMOA (C) en est une autre manifestation.

II. Les rapports verticaux ou véritable verticalité

Le recours préjudiciel consacre les manifestations de l'autorité juridictionnelle de la Cour de Justice de l'UEMOA à l'égard des Cours nationales dans le cadre d'une relation verticale.

A. L'obligation pour les cours nationales de recourir au mécanisme du recours préjudiciel

Aux termes de l'article 12 du Protocole Additionnel n°1, la Cour statue à titre préjudiciel sur l'interprétation du Traité de l'Union, sur la légalité et l'interprétation des actes pris par les Organes de l'Union, sur la légalité et l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil quand une juridiction nationale ou une autorité à fonction juridictionnelle est appelée à en connaître à l'occasion d'un litige.

Les juridictions nationales statuant en dernier ressort sont tenues de saisir la Cour de Justice. Pour ces juridictions donc, le recours préjudiciel est une obligation, si et seulement, se pose une question d'interprétation ou d'appréciation de validité d'un acte de droit communautaire à leur niveau.

La saisine de la Cour de Justice par les autres juridictions nationales ou les autorités à fonction juridictionnelle est facultative.

L'importance du recours préjudiciel comme mécanisme de coopération entre la Cour de justice de l'UEMOA et les juridictions des États membres est réaffirmée par l'article 14 du Protocole Additionnel n°1.

En effet, cet article dispose que « Si à la requête de la Commission, la Cour de Justice constate que, dans un État membre, le fonctionnement insuffisant de la procédure de recours préjudiciel permet la mise en œuvre d'interprétations erronées du Traité de l'Union, des actes pris par les Organes de l'Union ou des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, elle notifie à la juridiction supérieure de l'État membre, un arrêt établissant des interprétations exactes. Ces interprétations s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles dans l'État concerné ».

En conséquence de ce qui précède, un État membre dont les juridictions ne respectent pas l'obligation de recourir au mécanisme du recours préjudiciel pourrait se voir rappeler à l'ordre ou condamner pour manquement à ses obligations sur poursuites initiées par la Commission.

Il existe cependant des dispenses par rapport à l'obligation d'utiliser le mécanisme du recours préjudiciel. Il en est ainsi dans le cas de ce que les théoriciens du droit ont appelé « la théorie de l'acte clair ».

En effet, pour les Cours nationales, l'obligation d'utiliser le mécanisme du recours préjudiciel disparaît au cas où l'application correcte du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée.

La CJCE dans une affaire CILFIT du 6-10-1982, Affaire 283/81- Recueil page 314, a également posé les bases d'une autre dispense en jugeant en ces termes « le juge national est dispensé de l'obligation de saisir la Cour d'une question matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel³».

B. L'obligation pour les cours nationales de respecter le contenu des arrêts rendus sur renvoi préjudiciel

Cette obligation se manifeste à travers la force obligatoire et la portée générale de l'arrêt rendu sur renvoi préjudiciel.

La force obligatoire signifie que la décision de la Cour de Justice donne une réponse obligatoire à la question qui lui a été posée dans le cadre du litige principal et que la juridiction nationale est liée par la réponse donnée par la Cour de Justice.

La Cour de Justice des Communautés Européennes a précisé cette force obligatoire des décisions préjudicielles en disposant que l'arrêt préjudiciel lie le juge national pour la solution du litige au principal, et à l'autorité de la chose jugée (CJCE ord.5 mars 1986 Aff. Wunsche. 69/85 Rec. 947).

Cependant le juge national peut toujours réinterroger la Cour de Justice avant de trancher le litige lorsqu'il se heurte à des difficultés de compréhension ou d'application de l'arrêt ; lorsqu'il pose à la Cour une nouvelle question de droit ou lorsqu'il lui soumet de nouveaux éléments d'appréciation susceptibles de conduire la Cour à répondre différemment à une question déjà posée.

La portée générale signifie que l'arrêt préjudiciel a des effets, au-delà des juridictions nationales saisies du litige principal, à l'égard des parties à d'autres litiges similaires devant n'importe quelle juridiction de l'ensemble des États membres de l'Union.

Par exemple l'interprétation donnée par la Cour de Justice dans un arrêt préjudiciel s'impose à l'ensemble des juridictions des États membres qui doivent l'appliquer scrupuleusement à l'ensemble des affaires dans lesquelles le texte concerné est invoqué.

Si la Cour de Justice déclare invalide un acte, l'arrêt en appréciation de validité va avoir une portée générale parce que tous les juges des États membres auront l'obligation de refuser d'en faire application à chaque fois qu'une exception d'illégalité est soulevée.

Aux termes de l'article 13 du Protocole Additionnel n° 1, « les interprétations formulées par la Cour de Justice dans le cadre de la procédure de recours préjudiciel, s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles dans l'ensemble des États membres. L'inobservation de ces interprétations peut donner lieu à un recours en manquement. »

C. Le mécanisme d'exécution des arrêts de la Cour de Justice de l'UEMOA

Dans le cadre de la mise en œuvre des normes communautaires UEMOA, il était absolument nécessaire d'accorder une place importante à l'exécution effective des arrêts rendus par la Cour de Justice à l'encontre des auteurs de violations. En effet, l'inexécution de ces arrêts peut rendre le droit communautaire inopérant et illusoire au préjudice des objectifs de la communauté et partant, de l'économie des États membres.

Le législateur UEMOA a plus ou moins fait de cette question, une préoccupation majeure. La solution qu'il a proposée n'écarte pas cependant les possibilités d'interprétation.

En effet, si les arrêts de la Cour de Justice sont obligatoires en vertu des articles 20 du Protocole additionnel n° 1 et 57 du Règlement de procédures⁴, la question se pose de savoir si ces dispositions suffisent à permettre leur exécution dans les États membres sans la formalité de l'exéquatur.

L'occasion n'a pas encore été donnée à la Cour de Justice de se prononcer sur la question. Mais nous pensons que l'intervention du principe de primauté du droit communautaire sur le droit national des États permet d'aller dans le sens de l'exécution sans exéquatur et par application des procédures nationales.

La pertinence juridique de cette position s'appuie également sur l'article 46 du Traité qui précise que les décisions du Conseil des Ministres ou de la Commission de l'UEMOA qui comportent, à la charge des personnes autres que les États, une obligation pécuniaire forment titre exécutoire, et qui ajoute que :

- si l'exécution forcée de ces titres est régie par les règles de procédure civile en vigueur dans l'État sur le territoire duquel elle a lieu, la formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'au-

torité nationale que le Gouvernement de chacun des États membres désignera à cet effet ;

- après l'accomplissement de ces formalités, l'exécution forcée peut être poursuivie en saisissant directement l'organe compétent selon la législation nationale ;

- l'exécution forcée ne peut être suspendue qu'en vertu d'une décision de la Cour de Justice de l'UEMOA et non de l'État membre dans lequel elle a lieu...

Il résulte de ce qui précède que dans ce domaine, les Cours nationales n'ont aucun moyen de contrôler la régularité des titres exécutoires d'origine communautaire et doivent tout simplement en assurer l'exécution effective selon les procédures nationales.

Il s'y ajoute, pour le cas particulier de l'exécution des arrêts rendus sur recours en manquement⁵ qui constatent qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du Traité de l'Union, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution des arrêts de la Cour.

Cela veut dire que tous les organes de l'État membre concerné, **y compris les Cours nationales**, ont l'obligation d'assurer, dans les domaines de leurs pouvoirs respectifs, l'exécution desdits arrêts car aucun État membre ne peut se retrancher derrière l'indépendance de sa Justice.

Conclusion

Malgré tout ce qui précède, il y'a lieu d'insister sur l'absence de rapport hiérarchique, au sens de ce que l'on peut trouver dans une organisation judiciaire interne, entre les Cours nationales et la Cour de Justice de l'UEMOA.

Mais la mise en œuvre du principe de primauté implique pour le juge national, l'obligation d'écarter sa propre loi nationale au profit de la

norme communautaire chaque fois qu'elle est contraire à cette dernière ou qu'elle empêche son invocation par un justiciable.

Il en résulte que « Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel⁶ ».

Cette obligation, au-delà du fait qu'elle s'inscrit dans la nécessité d'assurer la pérennité aux Institutions d'intégration, explique toute la question de l'autorité juridictionnelle exprimée plus haut entre les Cours nationales qui, en tant que juges de droit commun du droit communautaire doivent s'en référer, dans l'objectif de recueillir l'exacte interprétation de ce droit, à la Cour communautaire et cette dernière dont la mission est d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité.

Les méthodes de saisine des tribunaux internationaux

Madame Andrésia Vaz, Juge à la Chambre d'appel commune au Tribunal pénal international pour le Rwanda et au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

I. Juridiction internationale pénale

Pour respecter le temps qui m'est imparti, mon propos portera sur la saisine d'instances internationales pénales, soit les deux tribunaux internationaux pénaux ad hoc des Nations Unies (ci-après « TPI ») et la Cour pénale internationale

et leur interaction avec les juridictions nationales. Par ailleurs, il est difficile de parler de saisine sans introduire les différentes compétences de ces juridictions; aussi vais-je les présenter brièvement pour une meilleure compréhension du cadre normatif de l'exercice de la saisine en matière de justice pénale internationale.

A. Juridiction ad hoc : Les TPI

1. Les compétences

a. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Le Conseil de sécurité des Nations Unies (ci-après « Conseil de sécurité ») a adopté le 25 mai 1993, en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après « TPIY ») par résolution 827⁷. Ainsi la saisine du TPIY, qui provient initialement du Conseil de sécurité, est mise en œuvre par le Statut du TPIY. Il convient de rappeler que la seule personne habilitée à engager des poursuites devant le TPIY est le Procureur. Ni la victime, ni une organisation non gouvernementale, ni un gouvernement n'ont qualité pour les déclencher⁸.

Le TPIY est habilité à juger les personnes physiques présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie⁹. Ses compétences *ratione loci* et *ratione temporis* s'étendent au territoire de l'ex-Yougoslavie pour les crimes qui ont été commis depuis 1991¹⁰.

Le TPIY a compétence *ratione personae* sur les personnes physiques seulement¹¹. Ainsi, le TPIY peut juger toute personne, quelle que soit sa nationalité, pour des crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. En outre, cette compétence n'est pas limitée à juger des personnes d'une position hiérarchique spécifique. En effet, un certain nombre d'accusés de grades inférieurs

au sein soit de l'armée, soit de la police ou qui n'avaient pas de position officielle ont été poursuivis et condamnés par le Tribunal¹².

La compétence *ratione materiae* du TPIY se limite aux crimes suivants: infractions graves aux Conventions de Genève de 1949¹³, violations des lois ou coutumes de la guerre¹⁴, génocide¹⁵ et crimes contre l'humanité¹⁶.

b. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda

Le Conseil de sécurité a décidé la création du Tribunal pénal international pour le Rwanda (ci-après « TPIR ») et de son Statut par résolution 955¹⁷ du 8 novembre 1994. À l'instar du TPIY, la saisine du TPIR vient du Conseil de sécurité et seul le Procureur du TPIR peut mener des enquêtes et saisir le Tribunal; les victimes, institutions ou gouvernements ne peuvent donc pas introduire un recours devant le TPIR.

Comparativement au TPIY, le Statut du TPIR habilite le Tribunal à juger : a) les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda ainsi que, b) les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'États voisins¹⁸. Comme au TPIY, la compétence *ratione personae* du TPIR s'applique à l'égard des personnes physiques seulement¹⁹.

La compétence du TPIR, pour les crimes commis au Rwanda, s'apparente à celle du TPIY, bien qu'elle soit plus large en incluant les crimes commis sur le territoire des États voisins, en ce qu'elle s'applique à toute personne présumée coupable de crimes commis dans cet État, quelle que soit sa nationalité²⁰. En effet, dans l'affaire Georges Ruggiu, l'accusé, un journaliste de nationalité italienne et belge, a été déclaré coupable d'incitation directe et publique

à commettre le génocide et de crime contre l'humanité au Rwanda, pour lesquels il a été condamné à 12 ans de prison après avoir plaidé coupable²¹.

Toutefois, la compétence *ratione temporis* est plus restreinte que celle prévue au TPIY car elle se limite à une année : du 1^{er} janvier au 31 décembre 1994²². La Chambre d'appel, dans l'affaire Nahimana et al., a d'ailleurs confirmé cette compétence temporelle²³.

Enfin, le TPIR a compétence *ratione materiae* sur les crimes suivants : génocide²⁴, crimes contre l'humanité²⁵ et violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II²⁶.

À la différence des crimes perpétrés sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, ceux commis au Rwanda l'ont été dans le cadre d'un conflit interne uniquement ; d'où l'absence des termes « crimes de guerre » parmi les faits répréhensibles énumérés dans les trois libellés des crimes précités²⁷. Ce qui explique également pourquoi le Statut du TPIR contient une disposition sur l'application de « l'Article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II²⁸ » plutôt que sur les « Conventions de Genève de 1949 »²⁹ comme c'est le cas pour le Statut du TPIY.

2. L'acte d'accusation aux TPI

a. La confirmation de l'acte d'accusation

Lorsque le Procureur décide d'engager des poursuites, il établit un acte d'accusation « dans lequel il expose succinctement les faits et le crime ou les crimes qui sont reprochés à l'accusé »³⁰.

L'acte d'accusation est ensuite transmis à un juge de la Chambre de première instance³¹ qui l'examinera³².

Le juge saisi de l'acte d'accusation examine chacun des chefs d'accusation et tout élément

que le Procureur pourrait présenter à l'appui de ces chefs, afin de décider si un dossier peut être établi contre le suspect³³. Plus spécifiquement, il pourra alors demander au Procureur de présenter des éléments supplémentaires, confirmer l'acte d'accusation, le rejeter, ou enfin surseoir à l'examen afin de permettre au Procureur de modifier l'acte d'accusation³⁴.

Si le juge rejette l'acte d'accusation, le Procureur pourra toujours soumettre ultérieurement un nouvel acte modifié³⁵. Lorsque le juge choisit de confirmer l'acte d'accusation, il peut délivrer un mandat d'arrêt et par conséquent le suspect acquiert le statut d'accusé³⁶. Sous réserve de circonstances exceptionnelles justifiant la non-divulgence publique³⁷, l'acte d'accusation est rendu public après sa confirmation³⁸.

Par ailleurs, tant que le juge n'a pas confirmé l'acte d'accusation, le Procureur peut le modifier³⁹ ou le retirer⁴⁰ et ce, sans autorisation préalable.

b. La signification de l'acte d'accusation et la purge de vices affectant l'acte d'accusation

L'acte d'accusation est ensuite signifié à l'accusé en personne lorsqu'il est placé sous la garde du Tribunal⁴¹ sinon le plus tôt possible ultérieurement⁴² ou dans un délai aussi raisonnable que possible⁴³. Les différents chefs d'accusation et les faits matériels sur lesquels sont fondés lesdits chefs doivent être détaillés afin que l'accusé soit suffisamment informé des faits allégués. En effet, la Chambre d'appel a précisé que « [l]es accusations portées et les faits essentiels qui les sous-tendent doivent être exposés de manière suffisamment précise dans l'acte d'accusation pour informer l'accusé des charges qui pèsent contre lui »⁴⁴.

De fait, le manque de précision d'un acte d'accusation le vicie. Cependant, ce vice peut être

purgé si le Procureur communique à l'accusé en temps voulu des informations claires et cohérentes qui détaillent les faits matériels sur lesquels reposent les accusations portées contre l'accusé⁴⁵. Par exemple, une déclaration de témoin, associée à des « informations non ambiguës » contenues dans un mémoire préalable au procès du Procureur et dans ses annexes peuvent suffire à couvrir le vice qui entachait l'acte d'accusation⁴⁶.

c. La modification de l'acte d'accusation après sa confirmation

Au TPIY, le Procureur peut encore modifier l'acte d'accusation après sa confirmation mais avant l'affectation de l'affaire à une chambre de première instance. Dans ce cas de figure, toute modification de l'acte d'accusation requiert l'autorisation du juge l'ayant confirmé ou, d'un juge désigné par le Président⁴⁷. Après l'affectation de l'affaire, la modification de l'acte se fera sur autorisation de la Chambre⁴⁸.

Au TPIR, le Procureur peut également modifier l'acte d'accusation après sa confirmation mais avant la comparution de l'accusé devant une Chambre de première instance. Toute modification requiert l'autorisation du juge l'ayant confirmé ou, dans des circonstances exceptionnelles, celle d'un juge désigné par le Président⁴⁹. Au moment de la comparution initiale ou par la suite, l'acte d'accusation ne pourra être modifié que sur autorisation d'une Chambre de première instance⁵⁰.

Si l'accusé a déjà comparu et que l'acte d'accusation modifié comporte de nouveaux chefs d'accusation, une nouvelle comparution aura lieu dès que possible pour permettre à l'accusé d'indiquer son plaidoyer au vu des nouveaux chefs⁵¹.

d. Comparution de l'accusé, le plaidoyer de l'accusé et l'accord sur le plaidoyer

Après son transfert à l'un des TPI, l'accusé comparaît sans délai devant une Chambre de première instance ou un juge et est officiellement mis en accusation⁵².

Au moment de la comparution, la procédure de la communication du plaidoyer diffère légèrement entre le TPIR et le TPIY. Au TPIR, la Chambre de première instance ou le juge désigné invite, entre autres, l'accusé à plaider coupable ou non coupable⁵³ sur chaque chef d'accusation et, si l'accusé ne se prononce pas, il est mentionné au dossier qu'il a plaidé non coupable. Au TPIY, la Chambre de première instance ou le juge désigné informe que, dans les trente jours suivant sa comparution⁵⁴ initiale, il devra indiquer son plaidoyer pour chacun des chefs d'accusation, mais il peut également plaider coupable ou non coupable dès le moment de sa comparution. À l'instar du TPIR, lorsqu'un accusé décide de ne pas plaider, un plaidoyer de non culpabilité sera indiqué au dossier⁵⁵.

Lorsque l'accusé plaide coupable, la Chambre doit s'assurer que l'aveu est fait : (i) librement et volontairement ou délibérément; (ii) en connaissance de cause; (iii) sans équivoque; et (iv) repose sur des faits suffisants pour établir le crime et la participation de l'accusé à sa commission compte tenu soit d'indices objectifs ou indépendants, soit de l'absence de tout sérieux désaccord entre le Procureur et l'accusé sur les faits de la cause⁵⁶.

Dans le cas d'accord sur un plaidoyer de culpabilité pour tous ou l'un des chefs d'accusation, le Procureur et la Défense peuvent convenir ensemble que le Procureur peut demander à la Chambre de première instance l'autorisation de modifier l'acte d'accusation en conséquence, proposer une peine déterminée ou une fourchette de peines qu'il estime appropriées ou

peut ne pas s'opposer à la fourchette de peines proposées par la Défense⁵⁷. Bien que la Chambre de première instance ne soit pas tenue par un tel accord⁵⁸, la Chambre d'appel a souligné que dans le cadre d'un jugement portant condamnation rendu à la suite d'un accord sur le plaidoyer, [...] la Chambre de première instance doit tenir compte comme il convient de la peine recommandée par les parties et que si elle s'en écarte nettement, elle doit s'en expliquer. L'exposé de ces motifs et le respect par la Chambre de première instance de l'obligation que lui impose l'article 23 2) du Statut de motiver par écrit ses décisions permettent tant à la personne déclarée coupable d'exercer effectivement son droit de recours qu'à la Chambre d'appel de comprendre et [...] évaluer les constatations de la Chambre de première instance⁵⁹.

Enfin, la Chambre de première instance demande la divulgation de l'accord⁶⁰ et peut par la suite déclarer l'accusé coupable et instruire le Greffier de fixer la date de l'audience consacrée au prononcé de la peine⁶¹.

3. Le mode d'exercice de la compétence concurrente des TPI : la primauté

Le TPIY et les juridictions nationales sont concurrentement compétents pour poursuivre les auteurs présumés des violations graves du droit international humanitaire commises en ex-Yougoslavie⁶². Toutefois, le Statut souligne la primauté du TPIY sur les tribunaux nationaux en ce sens qu'il peut, à tout moment, demander à ces derniers de se dessaisir en sa faveur d'une enquête ou d'une procédure⁶³.

À l'instar de ce qui se passe au TPIY, le TPIR a prééminence sur les juridictions nationales de tous les États⁶⁴.

Les demandes de dessaisissement⁶⁵ d'une affaire d'une juridiction interne en faveur des TPI peuvent être présentées tant avant qu'après la confirmation de l'acte d'accusation relative à

cette demande. Celle-ci ne dépend pas non plus du transfert de l'accusé au Tribunal.

a. Exemples de procédure de dessaisissement d'une affaire relevant d'une juridiction interne au profit des TPI

i. Le TPIY

Ainsi à titre d'exemples, la Chambre de première instance a fait droit, le 8 novembre 1994, à une demande du Procureur aux fins de dessaisissement de l'Allemagne des poursuites en cours contre Dusko Tadić en faveur du Tribunal⁶⁶. Le 16 mai 1995, la Bosnie-Herzégovine a dû faire de même pour les poursuites concernant Radovan Karadžić, Ratko Mladić et Milo Stanišić⁶⁷. Le 4 octobre 2002, la Chambre a également accueilli partiellement la requête du Procureur demandant à la République de Macédoine de se dessaisir de cinq affaires concernant les crimes qui auraient été commis en Macédoine en 2001 par l'Armée de libération nationale et les forces macédoniennes⁶⁸. L'une de ces affaires sur l'enquête des faits survenus à Ljuboten a donné lieu à l'arrestation et la poursuite de Ljube Boškoski⁶⁹ et Johan Tar ulovski⁷⁰.

ii. Le TPIR

La procédure de dessaisissement au TPIR⁷¹ est similaire à celle prévue au Règlement du TPIY.

Ainsi le 17 mai 1996, la Chambre de première instance a donné une suite favorable à la demande du Procureur aux fins de dessaisissement de la Belgique des enquêtes et poursuites pénales en cours contre Théoneste Bagosora en faveur du TPIR⁷².

Enfin, comme corollaire à cette primauté, les TPI possèdent aussi le pouvoir de restaurer la com-

pétence de la juridiction nationale au moyen d'une procédure de renvoi d'un acte d'accusation devant cette instance.

b. Exemples de procédure de renvoi de l'acte d'accusation devant une autre juridiction conformément à l'article 11 bis des Règlements des TPI

L'article 11 bis A) du Règlement du TPIY permet le renvoi d'une affaire du Tribunal devant n'importe quel État dans le monde; cependant, aucune affaire du TPIY n'a été renvoyée ailleurs que dans la région de l'ex-Yougoslavie⁷³.

Il en va autrement pour le TPIR. En effet, le 20 novembre 2007, la Chambre de première instance a fait droit à la demande de renvoi du Procureur des affaires Wenceslas Munyeshyaka et Laurent Bucyibaruta aux autorités françaises⁷⁴. La Chambre de première instance a également accordé le renvoi de l'affaire Michel Bagaragaza devant les autorités judiciaires des Pays-Bas⁷⁵. Cependant, après avoir été officiellement informée par lesdites autorités qu'elles n'avaient pas de compétence *ratione materiae* sur les crimes reprochés à M. Bagaragaza, la Chambre précitée a révoqué le renvoi de cette affaire le 17 août 2007⁷⁶ et elle a demandé aux autorités néerlandaises de se dessaisir de l'affaire en faveur du TPIR⁷⁷.

i. Le TPIY

La Chambre de première instance saisie d'une telle demande tient compte de deux critères juridiques qui vont militer ou non en faveur d'un renvoi : la gravité des crimes reprochés et la position hiérarchique de l'accusé⁷⁸. Ces deux critères peuvent être évalués de façon séparée ou ensemble. La Chambre peut également prendre en compte d'autres circonstances pertinentes⁷⁹. Ainsi dans l'affaire Milorad Trbić, le

renvoi a été accordé au motif que l'accusé avait une autorité limitée malgré l'allégation du Procureur selon laquelle l'accusé était impliqué dans le génocide de Srebrenica⁸⁰.

En outre, le renvoi de l'affaire Radovan Stanković devant les autorités judiciaires de la Bosnie-Herzégovine a été ordonné le 17 mai 2005 au motif que la gravité des crimes reprochés à l'accusé en vertu de l'Acte d'accusation et son degré de responsabilité militaient en faveur de cette conclusion. La Chambre de première instance s'est également assuré que l'accusé bénéficierait d'un procès équitable et que la peine capitale ne lui serait pas imposée⁸¹. La Chambre d'appel de la Cour de la Bosnie-Herzégovine a confirmé le prononcé de culpabilité mais a porté la peine à 20 ans de prison au lieu des 16 ans fixés par la Chambre de première instance⁸².

Depuis cette affaire, huit autres impliquant 14 accusés⁸³ ont été renvoyées devant la Cour d'État de la Bosnie-Herzégovine, les autorités judiciaires de la République de Serbie et le Tribunal de district de Zagreb.

Néanmoins, le renvoi n'a pas été accordé dans six affaires impliquant neuf accusés. Entre autres, dans l'affaire Milan Lukić et Sredoje Lukić, la Chambre d'appel, saisie de l'appel de Milan Lukić, a annulé le renvoi ordonné par la Chambre de première instance⁸⁴ car cette dernière avait commis une erreur en sous-estimant le degré de responsabilité allégué de l'accusé. En effet, la Chambre d'appel a considéré qu'il était un des plus importants chefs paramilitaires. Par conséquent, le critère de la gravité pris isolément ne pouvait à lui seul trancher la question; les crimes allégués reprochés à Milan Lukić combinés à son rôle de chef paramilitaire⁸⁵ rendaient l'affaire trop importante pour être renvoyée devant la juridiction de la Bosnie-Herzégovine⁸⁶.

La Chambre de première instance a également refusé le renvoi des affaires Dragomir Milošević et Rasim Delić en raison de la position hiérarchique du premier accusé dans la campagne de tirs isolés et de bombardements de la population civile de Sarajevo⁸⁷; quant au second accusé à celle qu'il avait au sein de l'armée de la République de la Bosnie-Herzégovine⁸⁸.

ii. Le TPIR

Concernant le TPIR, la situation des demandes de renvoi diffère de celle au TPIY. En vertu du Règlement et de la jurisprudence du TPIR, la Chambre de première instance peut renvoyer une affaire pour jugement devant une juridiction nationale compétente si elle est convaincue que l'accusé y bénéficiera d'un procès équitable et qu'il ne sera pas condamné à la peine capitale, ni exécuté⁸⁹. Pour déterminer si un État est compétent ou non au sens de l'article 11 bis du Règlement, la Chambre de première instance doit rechercher si l'État en question est doté d'un système juridique qui criminalise la conduite alléguée de l'accusé et offre une grille des peines adéquate⁹⁰.

Cependant, jusqu'à présent, la Chambre de première instance a refusé les demandes de renvoi au Rwanda⁹¹. Par exemple, dans l'affaire Yussuf Munyakazi, la Chambre d'appel a rejeté l'appel du Procureur contre la Décision de la Chambre de première instance refusant le renvoi. Bien que la Chambre d'appel ait conclu que la Chambre de première instance avait fait une erreur, elle a estimé que cette erreur n'invalide pas la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle le droit de l'accusé d'obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ne serait pas garanti, en ce moment au Rwanda⁹², alors même que celui-ci a aboli la peine de mort.

B. Juridiction pénale permanente : La Cour pénale internationale

1. Les compétences

La Cour pénale internationale (ci-après « CPI ») a été créée entre les États Membres par traité international, soit le Statut de Rome, qui en fait une instance judiciaire permanente⁹³ ; les États Membres ont donc décidé du cadre normatif de sa saisine tel que prévu dans le Statut de Rome.

Une des grandes innovations du Statut et du Règlement de la CPI est l'ensemble des droits accordés aux victimes. En effet, c'est la première fois que la justice pénale internationale permet aux victimes de présenter leurs observations et leurs arguments à la Cour. Cette participation⁹⁴ peut intervenir à différentes phases de la procédure et selon diverses modalités, bien qu'il revienne aux Juges d'encadrer le moment et la forme de celle-ci⁹⁵. Les victimes peuvent aussi obtenir, le cas échéant, une certaine forme de réparation, qui comprend la restitution, l'indemnisation et la réhabilitation⁹⁶. La CPI peut ordonner que cette réparation soit versée par l'intermédiaire du Fonds en faveur des victimes⁹⁷ ; cette réparation peut être individuelle ou collective, ou les deux⁹⁸.

Enfin, pour obtenir réparation, les victimes doivent déposer auprès du Greffe une demande contenant un certain nombre d'éléments fixés par le Règlement de la CPI⁹⁹.

La compétence *ratione temporis* de la Cour se limite uniquement aux événements survenus depuis le 1er juillet 2002; elle n'a donc pas de compétence rétroactive. En outre, si après l'entrée en vigueur du Statut, un État devient Partie, la CPI n'a compétence pour cet État qu'à compter de cette date. Ce dernier peut néanmoins accepter la compétence de celle-ci pour la période précédente¹⁰⁰.

La CPI a compétence *ratione materiae* pour les crimes de génocide¹⁰¹, les crimes contre l'humanité¹⁰² et les crimes de guerre tant pour les conflits internes qu'internationaux¹⁰³ ainsi que le crime d'agression¹⁰⁴. Suite à la conférence de révision du Statut de Rome à Kampala du 31 mai au 11 juin dernier, les États Membres ont adopté un projet de résolution venant amender l'article 8 du Statut sur la définition et l'exercice de la compétence de la Cour à l'égard de ce crime¹⁰⁵. L'article 8 amendé définit désormais le crime d'agression comme suit : « la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies »¹⁰⁶. Par ailleurs, un acte d'agression est entendu par « l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies »¹⁰⁷.

Ce n'est qu'après le 1er janvier 2017 que la Cour exercera sa compétence à l'égard d'un crime d'agression¹⁰⁸ commis par un État partie à moins que celui-ci ait préalablement déclaré ne pas accepter une telle compétence¹⁰⁹. Lorsque le Conseil de sécurité constate un acte d'agression, il le réfère au Procureur qui pourra mener une enquête sur ce crime¹¹⁰. Enfin, si un tel constat n'est pas fait dans les six mois suivant la date de l'avis du Procureur au Secrétaire général des Nations Unies, celui-ci peut mener une enquête pour crime d'agression, à condition que la Chambre préliminaire ait autorisé l'ouverture d'une enquête pour ce crime¹¹¹.

La CPI a compétence *ratione personae* et *ratione loci* à l'égard des personnes physiques¹¹² âgées de plus de 18 ans¹¹³. La Cour peut exer-

cer sa compétence lorsque le crime a été commis dans un État Partie¹¹⁴ ou par un national d'un État Partie. Si l'État où le crime a été commis ou l'État dont l'accusé est un national n'est pas Partie au Statut, il peut, par déclaration, consentir à ce que la CPI exerce sa compétence à l'égard du crime en question¹¹⁵.

2. Le mode d'exercice de la compétence : la complémentarité

Contrairement aux TPI, la CPI, en tant qu'institution permanente, est complémentaire des juridictions pénales nationales¹¹⁶ et peut exercer sa compétence selon trois formes de saisine¹¹⁷.

Tout d'abord, la CPI peut être saisie lorsqu'une situation dans laquelle un ou plusieurs crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par un État Partie¹¹⁸.

Comme exemple récent, dans l'affaire Jean-Pierre Bemba Gombo (ci-après « Bemba »), le gouvernement de la République centrafricaine a saisi la CPI le 21 décembre 2004 pour les crimes commis sur son territoire après le 1er juillet 2002 afin de déférer cette situation au Procureur¹¹⁹. Le 15 juin 2009, la Chambre préliminaire a confirmé les chefs d'accusation de crimes contre l'humanité et de crime de guerre¹²⁰ contre M. Bemba en tant que chef militaire.

Deuxièmement, le Conseil de sécurité peut déférer au Procureur, en vertu du chapitre VII de la Charte de Nations Unies, toute situation dans laquelle l'un des crimes prévus au Statut paraît avoir été commis, quel que soit la nationalité de l'accusé ou le lieu de perpétration du crime¹²¹.

Ainsi, le Conseil de sécurité a, par résolution 1593 du 31 mars 2005, déféré au Procureur la situation au Darfour depuis le 1er juillet 2002¹²². Le 4 mars 2009, la Chambre préli-

minaire a confirmé les chefs d'accusation, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre contre le Président soudanais M. Omar Al-Bashir¹²³. La majorité¹²⁴ a cependant estimé qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables concernant le crime de génocide¹²⁵. La Chambre d'appel a conclu, le 3 février 2010, que la Chambre préliminaire avait commis une erreur de droit dans son examen concernant le crime de génocide et elle lui a demandé de statuer à nouveau sur la question de savoir si cette charge devrait être prise en compte¹²⁶.

La CPI peut également être saisie lorsque le Procureur décide d'ouvrir une enquête, de sa propre initiative sur un crime donné¹²⁷. Ainsi, le 31 mars dernier, la Chambre préliminaire, à la majorité, a fait droit à la requête du Procureur aux fins d'ouverture d'une enquête sur les crimes contre l'humanité qui auraient été commis sur le territoire de la République du Kenya concernant les violences qui ont suivi les élections de 2007-2008¹²⁸.

Enfin, même si la CPI est compétente, elle n'agira pas nécessairement. En effet, le principe de complémentarité prévoit que certaines affaires ne seront pas recevables même si la CPI est compétente¹²⁹.

II. Conclusion

La justice pénale internationale, en dépit des efforts déployés, est un processus dynamique en pleine évolution mais avec certaines limites, notamment, l'absence d'une police assignée à ses institutions : l'exercice de leur saisine et la mise en œuvre effective des mandats d'arrêts des TPI et de la CPI reposent donc essentiellement sur la bonne coopération des États. En outre, l'exécution des peines dans des prisons nationales et l'accueil des personnes acquittées dans des pays constituent un défi de taille pour les deux TPI et dans le futur pour la CPI.

Cependant malgré cet obstacle et le scepticisme manifesté au début à l'égard des TPI quant à leur capacité à contribuer véritablement au rétablissement et au maintien de la paix menant à la réconciliation, ces Tribunaux ont accompli des progrès indiscutables. En effet, leur viabilité a permis de paver la voie d'une véritable justice pénale internationale en choisissant de juger les hauts responsables de violations graves du droit humanitaire afin de mettre un terme à l'impunité et de dissuader de potentiels candidats à ces violences.

Enfin, leur réalisation a servi également de tremplin pour la création de la CPI qui présente l'avantage d'être permanente, pas axée sur une région ou une situation déterminée¹³⁰ et capable de fonctionner de manière parallèle aux instances nationales, permettant ainsi de consolider le rôle du droit pénal international.

L'effet et l'exécution des décisions internationales

Monsieur Amady BA, Chef de la Section de la coopération internationale, Bureau du Procureur, Cour Pénale Internationale

Le terme « exécution » est employé comme un terme générique pour signifier la traduction d'une règle ou d'une décision juridictionnelle dans la réalité sociale. Elle est qualifiée spontanée ou volontaire lorsque le destinataire de la norme ou de la décision accepte, sans réticence, d'en réaliser les prescriptions. L'exécution est forcée lorsqu'elle s'impose par la coercition au sujet de droit réfractaire à son application. La critique fondamentale adressée au droit international public consiste justement à dénoncer « la faiblesse de ses mécanismes d'exécution ».

Les décisions des juridictions internationales sont-elles obligatoires ?

Les États exécutent-ils spontanément ces décisions ?

Comment les y contraindre en cas de nécessité ?

Quel est l'impact des décisions internationales sur des autres différends ?

Y a-t-il un effet préventif ?

Ce sont quelques-unes des questions auxquelles il sera répondu au long de cette étude.

Le thème qui est été proposé est très vaste, l'expression « décisions internationales » engloberait toutes les décisions des juridictions internationales. Il inclut les décisions de la Cour Internationale de Justice, des tribunaux spéciaux, ad hoc de Yougoslavie et du Rwanda, des tribunaux internationalisés (les tribunaux spéciaux pour la Sierra Léone, des Khmers rouges, pour le Liban), des chambres spéciales pour le « Timor Oriental », pour les crimes de guerre de Bosnie-Herzégovine, ou de poursuites au Kosovo, également, des tribunaux internes au nom de la compétence universelle et enfin celle de la cour pénale internationale. Il pourrait également concerner d'autres juridictions compétentes pour connaître des questions civiles, commerciales, maritimes etc. Ou bien même, dans le domaine de l'arbitrage international.

Tout d'abord, notre propos va se limiter à l'examen de l'effet et l'exécution des décisions de la Cour Pénale Internationale. Nous allons notamment mettre l'accent sur les activités du Bureau du Procureur (BdP).

Création de la Cour Pénale Internationale

L'idée de punir les responsables de violations du droit de la guerre n'est pas apparue soudainement : les juridictions pénales contemporaines s'inscrivent dans un courant de pensée ancien et marchent sur la voie tracée par les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo.

L'histoire de la justice pénale internationale a commencé en 1872¹³¹. Cependant, les tentatives successives d'établissement de tribunaux internationaux n'ont cessé de se heurter à un impératif prévalent à l'époque de l'État-Nation : la souveraineté étatique.

Il faut donc attendre Nuremberg pour que le concept de justice pénale internationale réapparaisse et prenne corps. Après l'ampleur des crimes perpétrés par le régime nazi lors de la seconde guerre mondiale, et les exactions massives commises à cette même époque par les forces japonaises, les deux tribunaux de Nuremberg et Tokyo furent mis en place pour juger les responsables de ces crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Ils ont, pour la première fois, concrétisé une implication concrète de plusieurs États dans la répression pénale des crimes commis et ont constitué une véritable impulsion.

Ce n'est qu'en décembre 1989 que l'Assemblée générale prie la Commission du droit international (CDI) de reprendre ses travaux sur la création d'une cour criminelle internationale. En 1993¹³² et en 1994¹³³, le Conseil de Sécurité de l'ONU établit deux tribunaux ad hoc pour réprimer les crimes contre l'humanité, crimes de guerre et génocides des conflits en ex-Yougoslavie et au Rwanda.

En 1994, la CDI a remis à l'Assemblée générale un projet de statut et a recommandé à l'Assemblée générale de convoquer une conférence afin de négocier un traité établissant la cour pénale internationale. Enfin, c'est la conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies réunie à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998 qui a finalement adopté, par 120 voix pour, 7 contre, et 21 abstentions, le statut portant création d'une Cour pénale internationale. Le 1^{er} juillet 2002, le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale (CPI) est ratifié par 60 États et, est entré en vigueur. La CPI est devenue opérationnelle au mois de Juil-

let 2003. A ce jour, 111 États se sont obligés envers la CPI en ratifiant le Statut de Rome¹³⁴.

Comment la problématique de l'exécution des décisions se manifeste dans le cadre de la CPI ?

La CPI, en tant que juge de la violation du droit humanitaire international, a rendu de nombreuses décisions (I), mais elle ne dispose pas de moyens pour assurer elle-même, où par le recours à la puissance publique, à l'exécution de ces décisions (II). Cependant, pour donner une plus grande efficacité à la justice internationale, à la lumière des techniques exécutives mises en place dans le cadre de certaines juridictions¹³⁵, la CPI a élaboré toute une stratégie, dans le domaine de la coopération internationale, en vue de donner force et effets à ces décisions et d'accroître l'impact de ses travaux (III).

Voilà le contenu de cette contribution à vos travaux auxquels le BdP est très honoré de participer.

I. La Cour pénale internationale (CPI), juge de la violation du droit humanitaire international

A. Les principes du statut et l'organisation de la CPI

La CPI est une institution judiciaire, créée pour prévenir et gérer la violence à grande échelle. Le système de Rome a été conçu à partir du constat d'échec des moyens utilisés par le passé pour faire cesser la violence et les conflits (amnisties ou exils dorés pour les dictateurs, partage du pouvoir avec des criminels de masse). Le but était de mettre fin à l'impunité pour ces crimes qui, nous en étions convaincus, ne devaient jamais se reproduire, mais qui se répètent encore et encore. En vertu du Statut de Rome, ces crimes sont considérés comme des

menaces pour la paix et la sécurité dans le monde et la phrase « plus jamais ça » qui répondait à une obligation morale envers les victimes est désormais devenue une obligation juridique.

Nous avons établi un ensemble de règles qui améliorent la « calculabilité¹³⁶», avec un nouveau cadre légal, transparent et prévisible, qui garantit avec certitude que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale seront punis. C'est le concept de base, la pierre angulaire du système pénal international : la primauté du droit comme gage de protection. Les États parties sont sous la protection du Statut de Rome.

La CPI est plus qu'une cour ; c'est un système de justice pénale international complet auquel 111 États ont souscrit à ce jour.

Avec le Statut de Rome, le droit positif a été codifié en un texte détaillé. Les États ont réaffirmé le devoir qui leur incombait de poursuivre les pires criminels, indépendamment de leur qualité officielle ; une cour indépendante, impartiale et permanente a été créée et investie de l'autorité d'intervenir chaque fois qu'un État refuse d'entamer de véritables poursuites tout en incitant chaque État à assumer ses propres responsabilités au nom de la justice internationale.

De plus, les rédacteurs du Statut de Rome ont clairement reconnu le lien intrinsèque entre justice et paix. Comme indiqué dans le préambule, en mettant un terme à l'impunité des auteurs des crimes les plus graves, la Cour se dote des moyens nécessaires à la prévention de tels crimes, ayant ainsi un effet dissuasif.

Deux principes se dégagent du Statut : le principe de la complémentarité et celui de la coopération.

Les États parties au Statut de Rome se sont engagés d'une part, à mener des enquêtes et à engager des poursuites à propos des crimes de masse relevant de leur compétence et d'autre

part, à prévenir la commission de tels crimes. Ils ont accepté que la CPI prenne l'initiative de se substituer à eux s'ils ne parvenaient pas à mener des enquêtes et à engager des poursuites en bonne et due forme.

Telle est la définition du principe de la complémentarité.

Les États parties se sont aussi engagés à coopérer avec la Cour, dès lors qu'elle décide d'intervenir et quel que soit le lieu de l'intervention. La Cour peut donc compter sur la coopération de la police des 111 États parties pour faire appliquer ses décisions. Ce principe de coopération avec la Cour n'est d'ailleurs pas un vain mot. Il est véritablement mis en pratique, comme en témoigne la remise par la République démocratique du Congo de trois de ses ressortissants à la Cour ou encore l'exécution en une journée du mandat d'arrêt contre Jean-Pierre Bemba, l'ancien vice-président de la RDC, par la police belge.

La CPI, « permanente et indépendante reliée au système des Nations Unies », est composée de 18 juges, répartis en trois chambres (la chambre préliminaire, la chambre de première instance et la chambre d'appel), leur personnel, un Bureau du Procureur où travaillent 300 personnes et le Greffe qui compte aussi 500 personnes de 80 nationalités différentes. Son siège est à La Haye (Pays-Bas).

Le BdP, dirigé par le Procureur, Luis Moreno-Ocampo, qui a pris ses fonctions le 16 juin 2003, a pour mandat de enquêter en toute indépendance sur les crimes relevant de la compétence de la Cour, c'est-à-dire le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, et à poursuivre en justice les auteurs de ceux-ci, sur la base d'une politique pénale bien élaborée. En menant des enquêtes et des poursuites, le BdP contribue à la réalisation de l'objectif général de la Cour, à savoir mettre fin à l'impunité dont jouissent les auteurs

de ces crimes qui sont les plus graves, et contribue ainsi à la prévention desdits crimes.

En raison de son mandat, le BdP comprend trois divisions. La Division des enquêtes est principalement chargée de procéder aux examens préliminaires et à l'instruction des enquêtes. A cet égard, le Statut exige du BdP qu'il étende l'enquête pour pouvoir couvrir à la fois les faits à charge et les faits à décharge, insistant sur sa responsabilité consistant à s'efforcer d'établir la vérité dans chacune des affaires. Le rôle de la Division des Poursuites consiste à représenter le BdP lors des affaires portées devant les différentes Chambres de la Cour. La Division de la compétence, de la complémentarité et de la coopération analyse les situations déferrees et autres informations soumises à l'attention du Procureur et s'occupe également d'obtenir les accords de coopération nécessaires pour la bonne conduite des activités du Bureau.

Compétence de la CPI

La compétence *rationae materiae* de la Cour englobe catégories de crimes, considérés comme les « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » (Art. 5) : le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre. Pour le crime d'agression la Cour n'exercera sa compétence à l'égard de ce crime que lorsque sa définition aura été donnée conformément aux Articles 121 et 123¹³⁷.

Rationae temporis, seules les infractions commises après l'entrée en vigueur du statut, le 1er juillet 2002, ou plus tard si un État est devenu partie au Statut après son entrée en vigueur (Art. 11 et 24).

Rationae personae, encore, mais aussi *rationae loci*, la Cour ne peut exercer sa compétence que si le crime a été perpétré sur le territoire d'un État partie (ou au bord d'un navire

ou d'un aéronef immatriculé dans un tel État) ou si la personne accusée du crime est un ressortissant d'un État partie (Art. 12). Toutefois, comme une exception, un État qui n'est pas Partie au présent Statut peut aussi, par déclaration déposée auprès du Greffier, consentir à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime dont il s'agit (Art. 12(3)). En outre, la limitation de compétence est écartée lorsque le crime est déferé au Procureur par le Conseil de Sécurité de l'ONU (Art. 13(b) - pour un premier exemple, v. la Résolution 1593 du Conseil, du 31 mars 2005, au sujet de crimes de guerre commis au Darfour, Soudan).

Enfin, comme indiqué, dans tous les cas, la compétence de la Cour n'est que subsidiaire : fondée sur le préambule qui stipule que la Cour est « complémentaire des juridictions pénales nationales », la Cour n'est pas compétente lorsqu'une « affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites » (Art. 17).

La nature complémentaire de la CPI, en effet, l'efficacité de la CPI ne devrait pas se mesurer au nombre d'affaires présentées devant la Cour, mais plutôt à l'absence de procès devant elle, qui est la conséquence du fonctionnement efficace des systèmes nationaux et marque son principal succès.

Le principe de complémentarité représente la volonté expresse des États Parties de créer une institution dont le champ d'action est global tout en respectant la souveraineté première des États en matière de compétence pénale. Par ailleurs, ce principe répond à un souci d'efficacité et d'efficience, dans la mesure où les États ont, en général, plus facilement accès aux éléments de preuve et aux témoins.

Ici, il convient de noter que le concept de complémentarité comporte deux dimensions connexes :

1) le critère de recevabilité, conformément à l'article 17. Il s'agit d'un aspect purement judiciaire qui ne relève que du juge. L'évaluation de la recevabilité concerne l'attribution d'une affaire à une cour donnée. Il s'agit notamment de vérifier si un État a engagé de véritables procédures à propos des crimes les plus graves relevant de la compétence de la Cour et à l'encontre des personnes portant la plus lourde part de responsabilité.

L'examen de la recevabilité d'une affaire ne revient pas à évaluer la qualité d'un système judiciaire national dans son ensemble. Comme prévu par l'article 17 du Statut de Rome, le Bureau doit vérifier si les affaires retenues ou susceptibles de l'être ont fait ou font l'objet d'une enquête ou de poursuites par l'État concerné.

Le Bureau s'attèle d'abord à déterminer si l'affaire en question a fait l'objet d'une enquête ou de poursuites à l'échelle nationale et, le cas échéant, il tente d'établir si les procédures engagées par l'État en question sont entachées de nullité du fait de l'absence de volonté ou de l'incapacité de cet État à mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites. Si les procédures nationales ne concernent que des auteurs de crimes dont la responsabilité est minime ou se focalisent sur les crimes de façon isolée en dehors du contexte dans lequel ils ont été commis, le Bureau ne les considèrera pas comme des obstacles à une intervention de sa part.

2) L'approche positive de la complémentarité, l'une des politiques du Bureau du Procureur, est l'un des quatre principes fondamentaux de la Stratégie en matière de poursuites¹³⁸. Elle

trouve son fondement juridique notamment dans les objectifs affichés dans le préambule et à l'article 93-10 du Statut et vise à encourager activement la mise en place de procédures nationales qui s'appuieraient sur des réseaux nationaux et internationaux tout en participant à un système de coopération internationale.

Il ne s'agit pas de donner à la Cour ou au Bureau la mission d'évaluer ou de réformer des systèmes judiciaires nationaux. Ce travail incombe en effet à d'autres instances judiciaires. Il s'agirait plutôt, selon les termes du Professeur Carsten Stahn d'une « répartition des tâches¹³⁹ » dans un objectif commun : l'ouverture de poursuites à propos des crimes commis à grande échelle.

Étant donné l'éventail des responsabilités incombant au Procureur en vertu du Statut, lesquelles exigent une interaction précoce et plurielle avec les États et la société civile, le Bureau apparaît comme le principal vecteur de la mise en œuvre d'une complémentarité positive. Il s'agit notamment pour lui de rendre publiques ses activités comme prévu par l'article 15 afin de favoriser la tenue de procédures nationales et la coopération conformément à l'article 93-10, et de mobiliser des « réseaux de ressource externes » (au sein desquels le Bureau joue le rôle d'« intermédiaire »). Aucune de ces actions ne nécessite de gros moyens. Le Bureau ne doit pas donner directement des avis juridiques, dans la mesure où cela pourrait compromettre des procédures ultérieures engagées par la CPI, ou accorder une aide directe au renforcement des capacités, puisqu'il n'est pas une agence de développement.

II. Les procédures devant la Cour et l'approche du Bureau du Procureur

La Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime visé à l'Article 5, conformément aux dispositions du présent Statut :

- si une situation dans laquelle des crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par un État Partie ;
- si une situation dans laquelle des crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; ou
- si le Procureur a ouvert une enquête sur le crime en question en vertu de l'Article 15.

Dans les deux premiers cas, le Procureur examine les renseignements disponibles et, à moins de conclure qu'il n'y a pas de base raisonnable pour le faire, il ouvre une enquête. Avant d'ouvrir une enquête de sa propre initiative, il reçoit et analyse des renseignements fournis par diverses sources dignes de foi. S'il conclut qu'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête, il demande à la chambre préliminaire de l'y autoriser. D'autre part, un État qui n'est pas partie au Statut peut déposer une déclaration en vertu de laquelle il accepte la compétence de la Cour dans une affaire donnée. Ce type de déclaration prévu par l'article 12-3 n'entraîne pas automatiquement l'exercice de la compétence de la Cour mais il constitue le fondement juridique nécessaire à l'ouverture d'une enquête par le Procureur conformément à l'article 15 ou au renvoi d'une affaire par un État Partie.

Les enquêtes du Procureur s'étendent à tous les faits et éléments de preuve pertinents pour évaluer la responsabilité pénale. Le Procureur enquête tant à charge qu'à décharge et respecte pleinement les droits de l'accusé.

Pendant une enquête, chaque situation est assignée à une chambre préliminaire. Celle-ci est responsable des aspects judiciaires de la procédure. Entre autres fonctions, elle peut, à la demande du Procureur, délivrer un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître s'il y a une base raisonnable pour croire qu'une personne a commis un crime relevant de la compétence

de la Cour. Une fois que la personne recherchée a été remise à la Cour ou s'est présentée volontairement devant la Cour, la chambre préliminaire tient une audience de confirmation des charges sur lesquelles reposera le procès.

Après la confirmation des charges, l'affaire est assignée à une chambre de première instance composée de trois juges. Cette chambre est responsable de la conduite d'une procédure équitable et diligente dans le plein respect des droits de l'accusé. L'accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie au-delà de tout doute raisonnable par le Procureur. Il a le droit de se défendre lui-même ou de se faire assister par un conseil de son choix. Les victimes peuvent également participer à la procédure directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants légaux.

À l'issue de la procédure, la chambre de première instance rend son jugement, en acquittant ou en condamnant l'accusé. Si l'accusé est déclaré coupable, la chambre prononce une peine pouvant aller jusqu'à 30 ans d'emprisonnement ou, si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient, la réclusion à perpétuité. La chambre de première instance peut également ordonner l'octroi de réparations aux victimes.

A. Un rôle unique pour les victimes

Le Bureau du Procureur est convaincu que les victimes apportent un éclairage unique et indispensable aux activités de la CPI et qu'elles contribuent à l'équité et à l'efficacité des procès. Les victimes ont joué un rôle déterminant dans la création de la Cour et lui donnent aujourd'hui encore une véritable impulsion. Contrairement à ce qui se passe dans les autres tribunaux pénaux internationaux, les victimes ne sont pas les objets passifs de la justice internationale mais plutôt des intervenants actifs au re-

gard du Statut de Rome qui reconnaît leur participation comme un droit et non un privilège accordé au cas par cas.

La participation des victimes est une des politiques défendues par le Bureau dès lors que toutes les conditions posées par le Statut sont remplies. Les questions d'ordre administratif ou matériel (telles que le nombre de victimes) exigent des solutions pratiques et ne constituent pas en soi un obstacle à la participation.

Le rôle des victimes revêt différentes formes au regard du Statut, à commencer par le dépôt de renseignements à propos de crimes conformément à l'article 15 et l'envoi de représentations écrites défendant leurs intérêts. Le Bureau favorise une interaction directe avec les victimes et les associations de victimes à toutes les étapes de ses activités et de façon continue durant toute la procédure : de l'examen préliminaire, en passant par l'enquête, la phase préliminaire, le procès jusqu'à la phase des réparations.

Pour les besoins de la participation à la procédure conformément à l'article 68-3, le Bureau accepte les demandes dès lors que les critères pertinents sont respectés. Ces critères comprennent la définition du statut de victime au sens de l'article 85 ; la preuve que le demandeur a un intérêt personnel dans la procédure en question ; la pertinence de la participation des victimes à ce stade précis de la procédure ; et l'assurance que les conditions de cette participation ne seraient ni préjudiciables ni contraires aux exigences d'un procès équitable et aux droits de la défense. Il faut noter, en outre, que le Bureau a adopté une définition extensive des victimes incluant les personnes qui sont directement ou indirectement les victimes de crimes.

Lors de la phase préliminaire et de celle du procès dans une affaire donnée, le préjudice dénoncé par le demandeur doit être lié aux accusations alléguées. En revanche, au stade

des réparations, le Bureau accepte les demandes de personnes ou d'entités qui ne sont pas liées aux accusations pour lesquelles les accusés seront finalement condamnés.

S'agissant des modalités de participation au titre de l'article 68-3, qu'il faille procéder à une évaluation au cas par cas, le Bureau estime qu'il conviendrait de présenter, dans la mesure du possible, une synthèse des modalités générales en la matière afin d'écartier toute incertitude et de garantir une certaine cohérence pour les victimes elles-mêmes.

Tout au long des phases préliminaires et de première instance, l'accusé, le Procureur ou l'État concerné peuvent interjeter appel de décisions rendues par les chambres, comme le prévoit le Statut. Celui-ci prévoit également que le Procureur et l'accusé peuvent interjeter appel du jugement ou de la peine prononcée par la chambre de première instance. Les représentants légaux des victimes, la personne condamnée ou les propriétaires de bonne foi de biens affectés par des ordonnances de réparation peuvent aussi former des recours contre ces ordonnances. Tous les appels sont tranchés par la Chambre d'appel, composée de cinq juges.

La CPI a mis en place une procédure adaptée et des concepts juridiques innovants pour préserver l'intérêt supérieur de la justice, garantir les intérêts des victimes et lutter contre l'impunité des auteurs des crimes les plus graves.

B. Des enquêtes et des poursuites ciblées

La Stratégie en matière de poursuites du Bureau du Procureur repose sur le principe d'enquêtes et de poursuites ciblées, à partir d'un nombre restreint d'événements. Cela permet au Bureau de mener efficacement ses enquêtes, de limiter le nombre de personnes menacées en raison de leurs liens avec le Bureau et de proposer des

procès rapides tout en cherchant à couvrir tout le spectre de la criminalité. En principe, les événements seront choisis de manière à offrir un échantillon représentatif des faits les plus graves et des principaux types de poursuites. Cette manière de sélectionner les événements et les accusations en cause constitue l'une des mesures prises pour faire face aux enjeux de la sécurité.

Lorsque le Bureau ne procède ni à des enquêtes ni à des poursuites dans une affaire donnée, cela ne signifie pas pour autant que l'impunité est de mise. Comme il a été expliqué précédemment, la CPI vient soutenir les efforts nationaux et plaide constamment pour l'adoption de mécanismes nationaux visant à enrayer l'impunité. De même, conformément à cette politique de complémentarité « positive », le Bureau défend une approche globale de la lutte contre l'impunité alliant ses propres actions quant aux crimes les plus graves et aux personnes qui en portent la responsabilité la plus lourde, et des poursuites nationales à l'encontre des autres responsables présumés. Dans cette optique, il œuvre de concert avec la communauté internationale pour s'assurer que des mécanismes favorisant la manifestation de la vérité et la réconciliation voient le jour et contribuent aussi à prévenir une reprise de la violence. Comme indiqué dans le préambule du Statut, l'objectif final consiste à mettre en place un système international garantissant l'exécution de la justice pénale pour les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale, reposant sur l'action conjuguée des autorités nationales et internationales et à prévenir ainsi la commission de nouveaux crimes.

III. Enquêtes préliminaires, situations en cours et décisions rendues

A. Les analyses préliminaires en cours au Bureau du Procureur

L'analyse préliminaire constitue la première phase de l'action du Bureau du Procureur menée en vue de déterminer si une enquête devrait être ouverte. C'est la meilleure occasion, ou en tout cas la première, dont dispose le Bureau pour encourager l'ouverture de procédures nationales dans la mesure où le Procureur exerce un pouvoir discrétionnaire quant au choix des situations justifiant l'ouverture d'une enquête. Il s'agit d'une phase au cours de laquelle le Bureau détermine si les critères posés par le Statut sont réunis pour qu'une enquête soit ouverte. Premièrement, la compétence : il convient de déterminer si la Cour peut exercer sa compétence dans une situation donnée et si des crimes relevant de sa compétence ont été commis. Deuxièmement, la recevabilité : il convient d'établir si de véritables procédures ont été ou sont engagées par les autorités nationales à l'égard de ces crimes tout en tenant compte de leur gravité. Et troisièmement, il convient de déterminer si l'ouverture d'une enquête n'irait pas à l'encontre des intérêts de la justice (à ne pas confondre avec l'intérêt de la paix, qui relève d'autres institutions politiques, notamment du Conseil de sécurité de l'ONU).

Nous déterminons s'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête à partir de ces trois éléments, indépendamment de la manière dont les enquêtes ont été déclenchées. Le renvoi d'une situation par un État Partie ou par le Conseil de sécurité n'oblige pas le Procureur à ouvrir une enquête.

Lors de cette phase, le Bureau évalue activement toutes les informations émanant de sources multiples concernant les crimes présumés, y compris les "communications" fournies par des

personnes ou des parties concernées, comme le prévoit l'article 15 du Statut. Le déclenchement d'un examen préliminaire ne signifie pas qu'il débouchera automatiquement sur l'ouverture d'une enquête. Le BdP a analysé la situation au Venezuela et les activités des ressortissants de 25 États membres actifs en Irak. Dans ces cas précis, le Bureau a finalement décidé de ne pas ouvrir d'enquête. Pour l'instant, le Bureau procède à des examens préliminaires à propos de situations en Colombie, en Afghanistan, en Côte d'Ivoire, en Géorgie, en Palestine et en Guinée.

3. Afghanistan

Le Bureau a annoncé officiellement qu'il analysait cette situation en 2007, examen qui porte sur des crimes présumés relevant de la compétence de la Cour qu'auraient perpétrés tous les acteurs concernés. Le Bureau a rencontré des responsables afghans en dehors du pays, de même que des représentants de diverses organisations. Il a envoyé plusieurs demandes de renseignements au Gouvernement afghan, mais n'a pas encore reçu de réponse à ce jour.

a. Colombie

Le Bureau a annoncé officiellement qu'il analysait cette situation en 2006, examen qui porte sur des crimes allégués relevant de la compétence de la Cour et sur des enquêtes et des poursuites menées en Colombie à l'encontre des auteurs présumés des crimes les plus graves, de chefs paramilitaires, de femmes et d'hommes politiques, de chefs de guérilla et de membres des forces armées. Le Bureau s'intéresse également à des allégations faisant état de réseaux internationaux qui viennent en aide aux groupes armés auteurs de crimes en Colombie.

b. Géorgie

Le Bureau a annoncé officiellement qu'il analysait cette situation le 14 août 2008, Le Ministre Géorgien de Justice a effectué une visite au Bureau du Procureur, tandis que la Russie, qui n'est pas partie au Statut, lui a fait parvenir 3817 communications. Le 27 août 2008, le Procureur a sollicité des gouvernements Russe et Géorgien qu'ils lui communiquent certaines informations, ce qu'ils ont tous deux fait. Des représentants du Bureau se sont rendus en Géorgie en novembre 2008 et en Russie en mars 2010.

c. Palestine

Le 22 janvier 2009, l'Autorité nationale palestinienne a déposé auprès du Greffier une déclaration au titre de l'Article 12(3) du Statut de Rome qui autorise les États non parties à accepter la compétence de la Cour. Le Bureau du Procureur analyse actuellement les éléments en rapport avec sa compétence, notamment les questions de savoir tout d'abord si la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour répond aux prescriptions du Statut, ensuite si des crimes relevant de la compétence de la Cour ont été commis et enfin si des procédures nationales sont menées à l'égard des crimes présumés. Une délégation de l'Autorité nationale palestinienne ainsi que des représentants de la Ligue des États Arabes se sont rendus à la Cour les 15 et 16 octobre 2009 afin de déposer un rapport présentant des arguments en faveur de la capacité de l'Autorité palestinienne à déléguer sa compétence à la CPI. Le 11 janvier, en réponse à une demande de l'ONU, le BdP lui a adressé une lettre sur ses activités récentes dans le cadre des suites données au rapport Goldstone. Le 3 mai, il a publié un « Résumé des observations visant à déterminer si la déclaration déposée par l'Autorité nationale

palestinienne répond aux prescriptions du Statut de Rome ». Aucune décision n'a encore été prise sur la question.

d. Côte d'Ivoire

La Cour a compétence à l'égard de la situation en Côte d'Ivoire en vertu d'une déclaration que le Gouvernement ivoirien a déposé le 1^{er} octobre 2003 au titre de l'Article 12(3) et par laquelle il accepte la compétence de la Cour à compter du 19 septembre 2002. Les crimes les plus graves, y compris des cas présumés de violences sexuelles à grande échelle, ont été commis entre 2002 et 2005. Les 17 et 18 juillet 2009, de hauts représentants du Bureau du Procureur se sont rendus à Abidjan.

e. Guinée

Le 14 octobre 2009, le Bureau a confirmé que la situation en Guinée faisait l'objet d'un examen préliminaire. La Guinée est un État partie au Statut de Rome depuis le 14 juillet 2003. En conséquence, la Cour Pénale Internationale a compétence à l'égard des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou du crime de génocide pouvant être commis sur le territoire de la Guinée ou par ses ressortissants, y compris les meurtres de civils et les violences sexuelles. Conformément à l'article 15 du Statut de Rome, le Bureau du Procureur a pris connaissance d'allégations graves concernant les événements survenus le 28 septembre 2009 à Conakry. Les 12, 13 et 15 janvier 2010, de hauts représentants du Bureau se sont entretenus avec le Président Compaoré du Burkina Faso, médiateur pour le groupe de contact sur la Guinée, et le Président Wade du Sénégal afin de veiller à ce que ces derniers soient pleinement informés de la progression des activités du Bureau. Du 15 au 19 février 2010, le Bureau a envoyé en

Guinée une mission dirigée par la Procureure adjointe, dans le contexte de ses activités liées à l'examen préliminaire de la situation. Du 19 au 21 mai, des représentants du BdP se sont rendus à Conakry, afin de discuter des avancées réalisées depuis la dernière mission. Les autorités guinéennes ont assuré le Cour de leur entière coopération.

B. Les situations devant les juges

Au cours des cinq dernières années le BdP a ouvert des enquêtes à propos de cinq situations - la République Démocratique du Congo, le Nord de l'Ouganda, le Darfour au Soudan, la République Centrafricaine, et plus récemment la République du Kenya, conformément aux critères mentionnés par le Statut comme indiqué ci-dessus.

1. Situation en République démocratique du Congo (RDC)

Cette situation a fait l'objet d'un renvoi de la part des autorités de la RDC en avril 2004. Le Bureau du Procureur a ouvert son enquête en juin de la même année en se concentrant sur l'Ituri, où les principaux groupes armés avaient commis les crimes les plus graves.

Quatre mandats d'arrêt ont été délivrés, à l'encontre des dirigeants de l'UPC Thomas Lubanga Dyilo et Bosco Ntaganda, et de ceux du FNI et de la FRPI Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui. Le procès contre Thomas Lubanga Dyilo s'est ouvert le 26 janvier 2009. L'ouverture du procès de MM. Katanga et Ngudjolo Chui a eu lieu le 24 novembre 2009. Bosco Ntaganda est toujours en fuite. En septembre 2008, le BdP a annoncé l'ouverture d'une enquête dans les deux provinces du Kivu.

2. Situation en Ouganda

Cette situation a fait l'objet d'un renvoi de la part des autorités ougandaises en janvier 2004. Le bureau du Procureur a ouvert son enquête en juillet de la même année. Cinq mandats d'arrêts ont été délivrés à l'encontre des plus hauts dirigeants de l'Armée de résistance du Seigneur (ARS) : Joseph Kony, Vincent Otti (qui aurait été tué en 2007 sur les ordres de Joseph Kony), Okot Odhiambo, Raska Lukwiya (tué le 12 août 2006 et dont le mandat d'arrêt a de ce fait, été levé) et Dominic Ongwen. Ces mandats n'ont pas encore été exécutés. Depuis 2008, l'ARS aurait tué plus de 1 500 personnes, en aurait enlevé plus de 2 250 et en aurait contraint bien plus de 300 000 à se déplacer rien qu'en RDC. En outre, au cours de l'année écoulée, l'ARS a déplacé plus de 80 000 personnes et en a tué près de 250 dans le Sud du Soudan et en République Centrafricaine.

3. Situation au Darfour (Soudan)

Cette situation a fait l'objet d'un renvoi de la part du Conseil de Sécurité de l'ONU en mars 2005. Le Bureau du Procureur a ouvert son enquête en juin de la même année. Trois mandats d'arrêts et une citation à comparaître ont été délivrés, à l'encontre d'Ahmad Harun et Ali Kushayb, d'Omar Al Bashir et de Bahar Idriss Abu Garda. Les trois mandats d'arrêts n'ont pas encore été exécutés.

L'Accusation a fait appel de la décision rejetant les accusations de génocide contre le Président Al Bashir rendue par la Chambre à la majorité. Le 3 février, la Chambre d'appel a jugé que le rejet des chefs de génocide contre le Président Al Bashir constituait une erreur de droit.

M. Abu Garda a comparu de son plein gré devant la Cour en exécution de la citation à comparaître qui lui avait été adressée¹⁴⁰. Il a été

autorisé à quitter les Pays Bas à l'issue de sa comparution initiale qui a eu lieu le 18 mai 2009. L'audience de confirmation des charges des charges a eu lieu du 19 au 30 octobre 2009. Le 8 février 2010, la Chambre Préliminaire a rendu une décision par laquelle elle rejetait les charges. Le 15 mars, le BdP a déposé une demande d'autorisation d'interjeter appel de cette décision, que la Chambre préliminaire a rejetée le 23 avril. Le BdP entend présenter des éléments de preuve supplémentaires.

4. Situation en République centrafricaine (RCA)

Cette situation a fait l'objet d'un renvoi de la part des autorités centrafricaines en décembre 2004. Le Bureau du Procureur a ouvert son enquête en mai 2007. Un mandat d'arrêt a été délivré à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo pour des crimes commis en 2002 et 2003. L'audience de confirmation des charges a eu lieu du 12 au 15 janvier 2009. Le 15 juin de la même année, la Chambre préliminaire II a rendu sa décision relative à la confirmation des charges. Le 18 septembre, l'affaire a été renvoyée devant la Chambre de première instance III. L'ouverture du procès est prévue pour le 5 juillet 2010. Les 27 et 28 avril, la Chambre de première instance a tenu une audience sur l'admissibilité. Dans le même temps, le Bureau continue de s'intéresser de près aux allégations de crimes commis depuis la fin 2005.

5. Situation au Kenya

En février 2008, le Bureau a annoncé officiellement qu'il analysait les violences postélectorales de décembre 2007 et janvier 2008. Le 09 juillet, le Groupe d'éminentes personnalités de l'Union Africaine a annoncé qu'il allait remettre au Bureau du Procureur une enveloppe sous scellés contenant une liste de personnes qui seraient impliquées et des pièces justifica-

tives que son Président Kofi Anan, avait lui-même reçues de la Commission Waki. Le 5 novembre, le Procureur a informé le Président Kibaki et le Premier Ministre Odinga que selon lui, des crimes contre l'humanité avaient été commis et leur a rappelé son devoir d'intervenir en l'absence de procédures nationales.

Le Président, tout comme le Premier Ministre, se sont engagés à coopérer avec la Cour. Le 26 novembre, le Procureur a demandé à la Chambre préliminaire II l'autorisation d'ouvrir une enquête insistant sur le fait que 1220 personnes avaient été tuées que des centaines avaient été violées, que des milliers de viols avaient été commis, que 350 000 personnes avaient été déplacées de force et que 3561 avaient été blessés dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile. Le 31 mars, la Chambre préliminaire a autorisé le Procureur à ouvrir une enquête sur les crimes contre l'humanité qui auraient été commis lors des événements survenus entre le 1er juin 2005 et le 26 novembre 2009. Pour la première fois depuis le début de l'enquête, le Procureur s'est rendu au Kenya du 8 au 12 mai.

C. Les décisions rendues par la CPI

La Cour pourra prononcer des peines que le Statut fixe lui-même : un emprisonnement de « trente ans au plus » ou un emprisonnement à perpétuité « si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient » (Art. 77(1)) ; peuvent s'y ajouter une amende fixée selon les critères prévus par le règlement de procédure et de preuve et la confiscation des profits et des biens tirés du crime (Art. 77(2) - sur les modalités de la fixation des peines, v. aussi Art. 77, 78 et 110 du Statut et les règles 145, 146, 223 et 224 du règlement de procédure et de preuve (RPP)).

La cour n'a pas encore rendu des décisions sur le fond, pour le moment, dans aucune des situations ci-dessus évoquées. Cependant elle a rendu de multiples décisions conservatoires ou provisoires et des mandats d'arrêts¹⁴¹. Au total 2736¹⁴² décisions ont été rendues dont 2566 par les chambres et 170 par la présidence.

Parmi les 2566 décisions des chambres, 1377 sont publiques, 921 sont confidentielles et 98 sont sous-scellées et parmi les 170 décisions de la présidence, 103 sont publiques et 67 confidentielles. Dans ce nombre de décisions des Chambres, il faut compter les 13 mandats d'arrêts - dont huit n'ont toujours pas été exécutés - et 3 mandats de comparution.)

La CPI ne dispose pas de moyens pour assurer elle-même, où par le recours à la puissance publique, à l'exécution de ce décisions

A la différence des systèmes judiciaires nationaux ou des Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo, la CPI n'a pas été dotée par son Statut d'un appareil coercitif lui permettant de mettre en œuvre ses décisions sur le territoire des États. Qu'il s'agisse de l'arrestation et du transfert d'individus, d'enquête ou de saisie, la CPI dépend entièrement de la coopération des États, des organisations internationales et régionales ainsi que de la société civile internationale. La force du système de Rome repose donc sur la possibilité d'un partage des responsabilités et d'une action conjuguée entre la Cour et les juridictions nationales. Ceci est d'autant plus vrai que le Bureau ne poursuit que les personnes portant la plus lourde responsabilité dans la commission de crimes internationaux.

Les décisions présentement rendues par la Cour peuvent être classées en quatre catégories¹⁴³ ;

- les décisions de pure administration, notamment celles prises par la Présidence
- les décisions de pure procédure, elles préparent et organisent les procédures, veillent à la mise en état et au respect des droits des parties au procès
- les mandats d'arrêts et les mandats de comparution
- les mesures conservatoires et provisoires.

Les première et deuxième catégories de décisions ne présentent pas un intérêt majeur dans le cadre de cette étude comme, l'exécution est assurée par la Cour, dans la cadre des mesures de pure administration, ou bien, par les parties au procès, dans le cadre des mesures de pure procédure édictées prises par les juges, pour assurer la mise en état des affaires et le respect des droits des participants.

En revanche, comment sont exécutés les décisions portant mandats d'arrêts ou de comparution ainsi que les mesures conservatoires ?

Mais nous pensons qu'avant cela, il ya un intérêt théorique majeur, même si la Cour n'a pas encore rendu de décision sur le fond, dans le sens d'une condamnation, de voir, comment seraient exécutées les peines d'emprisonnement qu'elle serait amenée, à prononcer.

A. L'exécution des peines d'emprisonnement

Cette étude sur les peines d'emprisonnement, noyau dur des jugements de condamnation, en l'absence d'une pratique de la CPI ne peut avoir qu'un caractère exploratoire. Le sujet de l'exécution des jugements prononcés par la CPI a ceci de particulier, qu'il s'inscrit clairement dans le cadre du droit international, en raison de la nature internationale de la juridiction.

Il emprunte également des spécificités liées à la matière en cause, le droit pénal, et au fait que le

jugement n'est pas rendu entre États, ni d'ailleurs entre un État et un individu.

"Ce sont les États qui fournissent l'oxygène dont le Tribunal a besoin."

Le Statut de Rome a détaillé le régime de l'exécution, auquel le chapitre X (Articles 103 à 111) est exclusivement consacré. Le régime de l'exécution représente bel et bien une modalité de la coopération des États avec la CPI. En effet, la distinction opérée par les auteurs du Statut entre ces deux chapitres s'explique en raison du souci des auteurs de définir un régime de l'exécution moins contraignant, moins "vertical".

Ici, il importe de préciser le cadre général des jugements (A), avant de considérer le principe de l'acceptation par les États de se porter volontaires (B).

1. Considérations sur l'autorité des décisions de la CPI

Sur le fond, les effets des décisions prises par la CPI dépendent de la qualification de l'acte en cause. Il semble peu douteux que les décisions sont des actes juridictionnels internationaux : les juges tranchent un différend, à savoir la question de culpabilité ou non d'un individu soupçonné de crimes internationaux, par application du droit international, et selon une décision revêtue du caractère obligatoire et définitive. Les travaux préparatoires du Statut de Rome, de même que les documents internes adoptés pour la coopération avec la CPI confirment que cette qualité n'a jamais été discutée par les délégations étatiques.

Deux questions classiques et récurrentes concernent la problématique des effets des arrêts internationaux, celle ayant trait à la reconnaissance de l'autorité de chose jugée d'une part, celle d'autre part relative à la force exécutoire du jugement.

a. L'obligation de reconnaître et d'exécuter les jugements de la CPI

Lors de la rédaction du Statut de Rome plusieurs formules ont ensuite été proposées, mais finalement les délégations ont considéré que l'Article 105 (I) du Statut, stipulant que sous réserve des conditions qu'un État a éventuellement formulées comme le prévoit l'Article 103(1)(b), la peine d'emprisonnement est exécutoire pour les États parties, qui ne peuvent en aucun cas la modifier, était suffisante.

L'acte de reconnaissance ne saurait avoir aucun effet constitutive, car le jugement a dès son prononcé, au regard de l'ordre juridique des États ayant reconnu la compétence de la CPI, soit en adhérent au Statut (Art. 12.1) - autorité de chose jugée, celle-ci étant la conséquence du caractère juridictionnel de l'acte en cause. La reconnaissance est automatique; les décisions sont efficaces de plein droit dans les ordres internes. On rejoint ainsi la distinction entre reconnaissance et exécution connue dans le cadre du régime conventionnel des effets des jugements étrangers, mais ce qui est exceptionnel vis-à-vis des jugements étrangers - l'effet automatique de chose jugée indépendamment de l'exequatur - est la règle pour les jugements internationaux.

Automatique, l'autorité relative de chose jugée de tels jugements, implique leur caractère définitif. Il est intéressant de constater que beaucoup d'États ont désigné une autorité spécifique chargée de l'exécution des peines et interlocutrice du tribunal international (souvent le ministère de la Justice ou le ministère des Affaires Étrangères), alors que le Statut de Rome n'imposait une telle obligation formelle que dans le cadre des demandes de coopération internationale et d'assistance judiciaire du chapitre IX du Statut. Cette formalité devrait éviter une inexécution ou mauvaise exécution de l'arrêt (notamment des retards) en raison des différentes autorités qui pourraient ou devraient inter-

venir, législatives, exécutives, judiciaires, ou, sur un autre plan, fédérales et fédérées.

L'immutabilité du jugement implique également qu'il ne peut être remis en cause que par les voies légalement ouvertes, à savoir la voie d'appel admise pour la CPI et le recours plus classique en révision dans les conditions strictement définies. Le caractère définitif de l'arrêt empêche tout État de recommencer le procès sur ce qui a été jugé. Enfin, le jugement a également par sa valeur probante.

b. La force exécutoire des jugements de la CPI

En vue de l'exécution forcée, les jugements de la CPI doivent-ils être soumis à une procédure d'exequatur au même titre que les jugements étrangers (allant jusqu'à vérifier la compétence du tribunal international), ou à une procédure allégée d'exécution quasi-automatique se limitant à un contrôle formel du jugement.

Dans le cadre d'un jugement international, la sentence est rendue au nom d'une entité internationale de laquelle l'État d'exécution n'est pas étranger. Cette différence fondamentale justifie, à notre avis, que l'on admette que les jugements internationaux sont revêtus de l'exequatur automatiquement.

Le refus de l'apposition de la formule exécutoire n'entraînerait pas une violation par l'État de l'obligation d'exécuter le jugement et l'engagement de sa responsabilité internationale.

B. L'acceptation de l'exécution des jugements : un régime largement favorable aux États

Le régime de la CPI est fondé sur le principe du double consentement de l'État. En fait, les États peuvent, dans des limites assez larges dans le cadre du Statut de Rome, poser des conditions à leur acceptation.

1. Le principe du double consentement

Le principe est que les États sont libres de faire connaître leur disponibilité, en général, puis au cas par cas lorsqu'ils sont saisis d'une telle demande par la Cour; la ratification du Statut de Rome ne vaut pas acceptation automatique d'être État d'exécution, contrairement au régime retenu pour les peines d'amende et les mesures de confiscation, et en dépit d'une proposition initiale en ce sens, tant les obligations imposées semblent lourdes.

L'Article 200(5) RPP de la CPI prévoit la possibilité pour les États de signer des accords bilatéraux «en vue d'établir un cadre pour la réception des personnes qu'elle a condamnées», en précisant que « ces arrangements sont conformes au Statut¹⁴⁴ ». Ce principe du double consentement, d'autant que l'État n'a pas à motiver le refus au cas par cas d'être désigné, a été jugé comme une disposition essentielle par les autorités nationales.

En contrepartie, la Cour choisit l'État chargé de l'exécution (parmi les États ayant fait la déclaration de principe de leur disponibilité), et peut, dans le cadre du Statut de Rome modifier librement l'État d'exécution pour le transfert de condamné vers un autre État; cette liberté de choix est tout de même assez limitée, puisque la Cour doit tenir compte des principes de répartition équitable, ce qui semble vérifié en pratique de la réaction de l'État suggéré (qui peut décliner l'offre), et de l'avis de l'individu.

Il est pertinent de relever que le condamné n'a effectivement pas été oublié dans cette procédure, ce qui est important compte tenu des conditions d'emprisonnement très variables d'un état à un autre; un tel droit paraît légitime sur le fondement de l'égalité de traitement face à l'exécution de la peine, mais il ne garantira pas à lui seul, une telle égalité. La Règle 203 RPP pour la CPI prévoit la possibilité d'observations

du condamné quant aux choix de l'État d'exécution, avec le droit à un interprète et le droit de « disposer des délais et des moyens nécessaires pour préparer la présentation de ses observations ». Ajoutons que l'Article 104(2) du Statut de Rome lui confère la faculté de demander à tout moment le changement de l'État d'exécution. De même, selon la Règle 210 RPP relative à la « Procédure applicable en cas de changement d'État chargé de l'exécution », « 1. Avant de décider de désigner un autre État chargé de l'exécution, la Présidence peut (...) b) examiner les observations écrites ou orales du condamné et du Procureur ». Il est certain que le condamné aura tendance à choisir l'État d'exécution le plus favorable pour l'exécution de sa peine - celui qui accordera par exemple des remises de peine plus facilement - ou surtout celui avec lequel il a le plus de liens.

2. Un double consentement conditionné par l'État

Il n'est donc pas surprenant que la possibilité pour l'État de conditionner son accord ait été expressément inscrite dans le Statut de Rome : l'Article 103(1)(b) énonce que « lorsqu'il déclare qu'il est disposé à recevoir des condamnés, un État peut assortir son acceptation de conditions ». L'idée était d'encourager les États à héberger des prisonniers, sans avoir par exemple à modifier leur constitution (en prévoyant par exemple le libre exercice du droit de grâce), et plus généralement de ménager leurs susceptibilités. Ce même Article 103(1)(b) ajoute que ces conditions « doivent être conformes aux dispositions du présent chapitre », ce qui devrait être négocié au moment de l'accord bilatéral. La Règle 200(2) RPP permet au Président de la Cour de ne pas inscrire un État « sur la liste visée au paragraphe 1 a) de l'Article 103, si elle n'approuve pas les conditions dont cet État assortit son acceptation. » De

même, la Règle 200 (3) RPP stipule que si l'État peut modifier à tout moment les conditions de son acceptation, « toute modification ou tout ajout doivent être confirmés par la Présidence ». La Règle 200(5) RPP CPI réitère le principe de conformité des accords bilatéraux avec le Statut. Cependant, la CPI, dans sa composition de jugement n'aura pas en principe à statuer sur la légalité des conditions posées par un État, puisqu'il n'a pas à connaître des questions liées à l'exécution de la peine.

Cas particulier de l'exécution des mandats d'arrêts et des mesures conservatoires

A. État des lieux

Comme montré par le résumé des situations, jusqu'à ce jour, 3 demandes d'arrestation et de remise émises par la Cour ont été exécutées, et trois personnes ont donné suite à une citation à comparaître¹⁴⁵.

En revanche, 8 mandats d'arrêt et les demandes respectives en cours n'ont pas encore été exécutés¹⁴⁶ :

- 4 pour la situation en Ouganda,
- 3 pour le Darfour, Soudan,
- 1 pour la République Démocratique du Congo.

La Cour dépend des États pour l'arrestation et la remise de ces suspects. Elle a émis des requêtes pour la coopération dans l'arrestation et la remise de ces individus. Ces requêtes obligent les États Parties au Statut de Rome. En parallèle, la Cour renforce sa coopération avec les États, les Nations Unies et les autres acteurs afin de s'assurer de tous les soutiens nécessaires. Malgré tous ces efforts, les 8 mandats d'arrêts n'ont pas encore jusqu'à ce jour été exécutés.

Conformément à son mandat qui consiste à mo-

biliser les efforts en vue des arrestations, le BdP a développé une stratégie vers et des recommandations à l'usage des États et organisations internationales. Ce sera expliqué plus en détail à la troisième partie.

En ce qui concerne les mesures conservatoires portant en particulier sur le gel et saisies des avoirs des inculpés ont en général été exécutées¹⁴⁷ par les États.

Le chapitre IX du Statut de Rome définit le cadre juridique des différentes formes de coopération internationale et d'entraide judiciaire. Pourtant, depuis que la Cour est devenue opérationnelle, les défis nés de la coopération se sont multipliés et représentent l'un des enjeux fondamentaux des activités de la Cour.

B. Obligation de coopérer

Conformément à l'Article 86 du Statut de Rome, les États Parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence. De plus, la Cour peut inviter tout État Non Partie au Statut à prêter son assistance au titre du chapitre IX sur la base d'un arrangement ad hoc ou d'un accord conclu avec cet État ou sur toute autre base appropriée (Art. 87(5)(a)).

Si un État Partie n'accède pas à une demande de coopération émanant de la Cour, d'après l'Article 87(7) du Statut, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie. Également, si un État Non Partie au Statut de Rome, mais ayant conclu avec la Cour un arrangement ad hoc ou un accord, n'apporte pas l'assistance qui lui est demandée en vertu de cet arrangement ou de cet accord, suivant l'Article 87(5) (b), la Cour peut en informer l'As-

semblée des États Parties, ou le Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie.

C. Importance de la coopération judiciaire pour le BdP

Dans le cadre de ses activités d'enquête et de poursuite, l'assistance judiciaire est essentielle pour le BdP. Jusqu'à ce jour, il a présenté 588 demandes d'entraide judiciaire à 37 États Parties et 10 États Non Parties au Statut de Rome.

En ce qui concerne en particulier les demandes concernant l'aspect financier des enquêtes, notamment les avoirs, depuis 2008 jusqu'à ce jour le BdP de Procureur a fait en tout 27 demandes d'entraide judiciaire à 11 États différents, par lesquelles les États ont été requis d'adopter des mesures coercitives dans ce domaine.

Les objets de ces demandes d'entraide sont diverses, notamment la transmission des documents bancaires, l'identification et audition des personnes travaillant pour certaines sociétés /banques, le gel des biens et des avoirs, l'identification, perquisitions et de saisies des biens et les informations de la télécommunication¹⁴⁸.

IV. Cas particulier de l'exécution par un état non partie au Statut et la question des immunités

Le Statut n'impose aucune obligation de principe aux États Non Parties en matière de coopération. Pour autant, plusieurs dispositions dans le Statut peuvent être considérées comme invitant ces États à coopérer.

Comme indiqué, l'Article 12(3) par exemple indique qu'un État non partie au Statut peut accepter la compétence de la Cour à l'égard d'une situation spécifique¹⁴⁹.

De même, les États Non Parties au Statut ont la

possibilité de coopérer sur la base de toute base appropriée avec la Cour. L'Article 87(5) prévoit ainsi que la Cour « peut inviter tout État non partie à prêter son assistance au titre du présent chapitre sur la base d'un arrangement ad hoc ou d'un accord conclu avec cet État ou sur toute autre base appropriée ». Lorsqu'un tel arrangement est conclu, l'État s'engage à coopérer pleinement avec la Cour selon les termes de l'accord.

Qu'en est-il de l'exécution des décisions de la CPI au sein d'un État Non Partie, et qui n'a pas signé un tel arrangement ou accord avec la Cour et à défaut de toute autre base appropriée ?

L'Article 27 du Statut de Rome stipule que le Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.

La question a été soulevée par le mandat d'arrêt récemment délivré à l'encontre du Président Soudanais Al Bashir : ¹⁵⁰

Des ce cas particulier, la Cour est compétente en vertu de la résolution 1593 du Conseil de sécurité (2005), adoptée conformément au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, qui a déferé la situation au Darfour (Soudan) à la CPI et conformément à l'Article 13(b) du Statut de Rome. Par conséquent, la Cour est compétente.

L'Article 27 ne fait aucune distinction entre le renvoi d'un État ou du Conseil de sécurité ou les communications de personnes, ni entre les situations concernant les États Parties ou les

États Non Parties - il s'applique lorsque la Cour est compétente. Ainsi, l'Article 27 s'applique à la situation au Darfour.

L'Article 98(1), qui stipule que « la Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité », ne s'applique pas dans le cas particulier.

En vertu des travaux préparatoires qui ont abouti à la rédaction du Statut, la Cour n'est pas tenue d'obtenir une levée de l'immunité pour qu'un État Partie lui remette un chef d'État ou de gouvernement ou encore un diplomate d'un autre État Partie. Cette interprétation de la levée de l'immunité s'applique de la même manière lorsque la Cour exerce les pouvoirs que lui confère une résolution du Conseil de sécurité adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, qui impose que tout État non partie coopère pleinement avec la CPI.

Étant donné que l'article 27 est applicable en l'occurrence, le Président Al Bashir ne bénéficie d'aucune immunité. Il n'y a donc pas d'obligations conflictuelles au regard du droit international.

V. Les techniques et des stratégies du BdP destinées à garantir la mise en œuvre de ces décisions et l'impact du travail de la CPI

A. Difficultés rencontrées dans la pratique

Comme indiqué, qu'il s'agisse de l'exécution des décisions, en particulier l'arrestation d'individus, la CPI dépend entièrement de la coopération des États et des organisations internationales et régionales.

En outre, si le Statut prévoit une obligation générale de coopérer, des difficultés d'ordre politique et logistique se posent dans la pratique.

A titre d'exemple, trente pays africains ont ratifié le Statut de Rome, faisant de l'Afrique la région la plus représentée à l'Assemblée des États parties avec 23% des ratifications.

La coopération avec l'Union africaine et les États d'Afrique est particulièrement importante aux yeux de la Cour, puisque toutes les situations dont elle est saisie concernent des États d'Afrique.

De ce fait, il ya eu une perception selon laquelle l'Afrique est devenue le « laboratoire » de la CPI et du droit international, répandue au sein des milieux académiques, militants et juridiques africains, perception amplifiée par le politique, suite à la requête du Procureur aux juges, dans la situation au Darfour, de lancer un mandat d'arrêt contre Président Al Bashir. Les chefs d'État et de gouvernement des États d'Afrique, Caraïbe et Pacifique (ACP), la Ligue Arabe et l'Union Africaine ont officiellement appelé à la suspension des actions de la Cour pénale internationale contre le Président, pour laisser les efforts politiques et diplomatiques résoudre la situation au Darfour. Ils demandent que soit appliqué l'Article 16 du Statut aux termes duquel enquêtes et poursuites peuvent être suspendues pendant une année dans une affaire, si le Conseil de Sécurité fait une demande en ce sens à la Cour en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

De la même manière, suite au lancement de mandats d'arrêt contre Ahmad Harun et Ali Kushayb dans la même situation, l'Ambassadeur du Soudan aux Nations Unies avait déclaré que le Procureur avait pour objectif d'« anéantir le processus de paix » au Darfour en décidant de poursuivre un officiel du Gouvernement de Khartoum :¹⁵¹. La communauté internationale, après avoir appelé de ses vœux l'examen de la

situation au Darfour par la CPI, semble faire écho aux propos de l'Ambassadeur en négligeant de coopérer pleinement à l'arrestation et au transfert d'Ahmad Harun et d'Ali Kushayb, craignant qu'un tel transfert ne fasse avorter les négociations visant à un déploiement d'une force de sécurité de l'ONU.

Le 25 mai 2010 la Chambre préliminaire a rendu sa décision informant le Conseil de sécurité de l'ONU de l'absence de coopération de la part de la République du Soudan. Dans sa décision publique, la Chambre a considéré « que l'obligation qu'a la République du Soudan de coopérer avec la Cour découle[ait] directement des dispositions de la Charte des Nations Unies et de la résolution 1593 [...] », et que « toutes les mesures possibles [avaient été prises] pour obtenir la coopération de la République du Soudan ». La Chambre a conclu que « la République du Soudan n'a[vait] pas rempli ses obligations de coopération découlant de la résolution 1593 quant à l'exécution des mandats d'arrêt délivrés par la Chambre à l'encontre d'Ahmad Harun et d'Ali Kushayb », et précisé que « cette décision [était] sans préjudice des autres décisions et mesures qu'elle pourrait prendre dans le cadre d'autres affaires se rapportant au Darfour », avant d'ordonner au Greffier de communiquer « la[dite] décision au Conseil de sécurité par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'ONU afin que le Conseil prenne toute mesure qu'il juge appropriée¹⁵² ».

B. Les stratégies du BdP pour inviter à une meilleure coopération des états

Comme indiqué, le Statut de Rome a créé plus qu'une Cour. Il a créé un système d'échanges entre les États, la société civile, les organisations internationales et cette Cour, fondé sur un principe central: la coopération.

Le Chapitre IX du Statut de Rome impose à ses

États parties l'obligation de coopérer pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène. Pour autant, le Procureur ne peut ordonner la coopération mais simplement la **solliciter**¹⁵³.

Selon l'Article 86 du Statut, « les États Parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence ».

Lorsqu'une situation est déférée à la Cour par un État dans lequel un crime a été commis, la Cour a l'avantage de savoir que l'État a la volonté politique de coopérer sur son territoire tel qu'exigé par le Statut. Puisque l'État, de son propre gré, a fait appel à la compétence de la Cour, le Procureur peut être confiant sur le fait que les autorités nationales aideront à l'enquête et accorderont les privilèges et les immunités nécessaires, et qu'il fera bénéficier de la protection nécessaire aux enquêteurs et aux témoins. De la même manière, si un renvoi est effectué par un État tiers qui n'est pas impliqué dans les crimes présumés, le renvoi indique un soutien, de la part de cet État, à l'égard de l'implication de la Cour.

La coopération est l'un des cinq objectifs majeurs identifiés dans la Stratégie en matière de poursuites du Bureau du Procureur pour la période 2009-2012.

Il convient de noter ici, que le Bureau cherchera, tout comme les autres organes de la Cour, à garantir la bonne mise en œuvre des recommandations relatives à la coopération figurant dans les rapports et les résolutions de l'Assemblée des États parties, et notamment dans le Rapport du Bureau sur la coopération adopté en décembre 2007¹⁵⁴.

C. Lois d'application

En collaboration avec le Greffe, des ONG et d'autres intervenants, le BdP encouragera l'adoption de telles lois, de manière à ce que les États parties puissent eux mêmes engager des poursuites pour les crimes relevant du Statut de Rome et coopérer avec le Bureau et l'ensemble des organes de la Cour. En règle générale, le BdP ne cherche pas à conclure d'accords de coopération judiciaire avec les États et s'en remet au Statut de Rome et à la législation nationale.

D. Appui diplomatique et soutien du public

La priorité du BdP dans toutes les situations sera de veiller à ce que les États et les organisations internationales soutiennent son action spécifique dans le cadre d'une politique à mettre en œuvre dans les ministères et les différentes directions (justice, affaires étrangères, défense, développement, relations avec l'ONU et autres représentations multilatérales, etc.) depuis la phase de surveillance d'une situation jusqu'à l'arrestation d'individus faisant l'objet d'un mandat d'arrêt de la Cour. Les questions liées à cette dernière devront être intégrées aux activités des États et des organisations.

Le BdP a désigné en son sein des points focaux chargés de renforcer les voies de transmission avec des organisations internationales et spécialisées. Le BdP organisera régulièrement des réunions de travail et des réunions de hauts responsables avec ces organisations et enverra des délégations sur place afin de mieux faire comprendre son action et de s'assurer que ses activités sont davantage prévisibles. Il s'appuiera pour ce faire sur le travail réalisé par les bureaux de liaison à New York et à Addis Abeba.

E. Mobilisation des efforts déployés en vue de l'arrestation et de la remise des personnes visées par les mandats d'arrêt ou des citations à comparaître

Conformément à son mandat qui consiste à mobiliser les efforts en vue des arrestations, le BdP a défini des recommandations à l'usage des États, à savoir :

a) Éviter tout contact qui ne serait pas essentiel avec les personnes qui tombent sous le coup d'un mandat d'arrêt décerné par la Cour, et lorsque de tels contacts s'avèrent nécessaires, d'abord tenter de passer par des personnes non recherchées par la Cour ;

b) Lors de réunions bilatérales ou multilatérales, militer activement en faveur de l'application des décisions de la Cour, prôner la coopération avec celle-ci et exiger, le cas échéant, l'arrêt immédiat des crimes commis ;

c) Contribuer à la marginalisation des fugitifs et prendre des mesures visant à empêcher que de l'aide humanitaire ou des fonds destinées aux pourparlers de paix soient détournés au profit de personnes tombant sous le coup d'un mandat d'arrêt ; et

d) S'efforcer de collaborer à la planification et à l'exécution de l'arrestation de personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par la Cour, notamment en fournissant un appui opérationnel ou financier aux pays désireux de mener de telles opérations mais n'en ayant pas les moyens.

Le BdP donnera suite à ces lignes directrices et approfondira le dialogue qu'il entretient avec les médiateurs chargés de pourparlers de paix, comme cela fut le cas au Kenya, en République centrafricaine et au Soudan. L'objectif de ce dialogue est de veiller à ce que ces derniers intègrent dans leurs activités le mandat indépendant de la CPI, excluant des accords de paix et des

accords politiques toute amnistie pour les auteurs de crimes visés par le Statut de Rome et garantissent la bonne exécution des décisions des chambres de la Cour, ce qui conduira à l'isolement et à l'appréhension des individus qu'elle recherche.

F. Coopération et assistance renforcées de la part des États

Le BdP continuera à développer ses voies de communication avec les États parties ou non, afin de renforcer toute forme de coopération et d'assistance judiciaire, comme le prévoit le chapitre IX du Statut de Rome. Une base de données relative aux demandes d'assistance permet au BdP de suivre l'évolution de la situation en la matière.

Le BdP s'efforcera en priorité de faire aboutir rapidement ses demandes de visa présentées en urgence pour des témoins ou des tiers afin de procéder à des entretiens préliminaires ou de recueillir des dépositions et ses demandes d'informations de nature financière.

G. L'influence de la Cour

Les spécialistes et les professionnels du droit pénal tendent à focaliser leur analyse sur les jugements définitifs, l'équité de la procédure et les arguments juridiques de la Cour. Ce sont certes des éléments importants. La CPI doit en effet se montrer exemplaire dans tous ces domaines. Le respect total des droits de toutes les parties concernées est la pierre angulaire de la crédibilité de la Cour. Ainsi les juges ont-ils ordonné la suspension de la procédure dans l'affaire Lubanga. Le Procureur avait informé les parties que certains documents en sa possession pouvaient être déterminants pour la Défense, mais qu'ils ne pouvaient pas être divulgués parce qu'ils avaient été obtenus sous le sceau de la confi-

dentialité. Le Procureur a alors proposé d'autres options. Finalement, une solution a été trouvée et le procès a pu reprendre. Ce qu'il faut retenir ici, c'est que les juges étaient prêts à mettre un terme au premier procès intenté par la Cour et à libérer M. Lubanga plutôt que de transiger sur l'équité du procès et que le Procureur était prêt à perdre sa première affaire plutôt que de renoncer à ses obligations de transparence vis-à-vis de la Défense et à son devoir de confidentialité à l'égard de ses informateurs.

Cependant, la qualité irréprochable et l'équité des procédures ne suffiront pas. L'efficacité de la Cour réside dans son rayonnement mondial. Seul un nombre restreint d'affaires pourra être porté devant notre Cour au fil des ans, mais ces affaires et les jugements qui seront rendus auront un retentissement au moins dans les 111 États parties au Statut de Rome, voire même dans des États non parties. C'est ce que nous appelons l'« influence » de la Cour, en référence à un article écrit il y a trente ans par Mnookin et Kornhauser intitulé *Bargaining in the Shadow of the Law*¹⁵⁵. Utilisé d'abord dans le contexte du droit de la famille et des affaires de divorces, ce concept de l'influence explique comment une décision de justice rendue dans une affaire donnée peut avoir des répercussions sur d'autres affaires. Cela se traduit par la négociation d'accords et le règlement de différends sans qu'il soit nécessaire d'intervenir judiciairement par la suite : les affaires sont alors résolues « sous l'influence de la loi ». On pourrait considérer de tels changements d'attitude comme la principale influence exercée par la Cour.

Dans le contexte de la CPI, les premiers effets de cette influence se font ressentir petit à petit. En Colombie, les procureurs, les tribunaux, les parlementaires et les responsables de l'exécutif,

craignant que la CPI ne puisse exercer sa compétence, ont fait des choix politiques en faisant appliquer la loi « Justice et Paix » visant à poursuivre les principaux auteurs de crimes.

Avant même qu'un jugement ne soit rendu dans l'affaire Lubanga, la question du recrutement des enfants a déclenché des débats dans des pays éloignés comme la Colombie, un État Partie, ou encore le Sri Lanka et le Népal, deux États non parties. Radhika Coomaraswamy, la Représentante spéciale du Secrétaire général de l'ONU pour les enfants et les conflits armés a expliqué lors de son témoignage en tant qu'expert dans l'affaire Lubanga, à quel point elle comptait sur cette tribune pour mener sa campagne partout dans le monde et obtenir la libération d'un plus grand nombre d'enfants¹⁵⁶. C'est un pas en avant. Alors que le champ géographique de la Cour est déjà très large, la vitesse de propagation et l'ampleur de son influence dépendront d'autres acteurs et de l'intégration de leurs efforts dans une stratégie globale en faveur de la justice internationale. Dans cette perspective, les chefs politiques et militaires, les diplomates, les médiateurs, les organisations non gouvernementales, les victimes et les citoyens ordinaires ont tous un rôle à jouer.

Les dirigeants politiques sont de plus en plus enclins à ostraciser les personnes recherchées par la Cour. Le Président Al Bashir est devenu un fugitif : il ne peut voyager librement dans les États parties de la CPI. Ainsi, l'Afrique du Sud a informé le Président Al Bashir qu'il était invité à la cérémonie d'investiture du Président Zuma mais qu'il serait arrêté dès son arrivée dans le pays. L'Ouganda, le Nigéria et le Venezuela ont pris des mesures du même ordre. M. Lula, le Président du Brésil et M. Kirchner, le Président de l'Argentine, ont refusé de côtoyer le Président Al Bashir lors d'un sommet Amérique du Sud-Pays arabes. Le président Sarkozy a repoussé et déplacé un important sommet France-Afrique

plutôt que de courir le risque de le rencontrer dans un couloir. La Turquie, un État non partie a pris soin d'annuler sa participation lors d'une réunion de l'Organisation de la Conférence islamique à Ankara. De même, en ce qui concerne la situation en Guinée, le Maroc a refusé de garder le Président Dadis Camara sur son territoire parce qu'il ne voulait pas abriter un suspect potentiel de la CPI. Le Président du Burkina Faso, Blaise Compaoré, a contacté notre Bureau pour vérifier si un mandat d'arrêt avait été lancé contre Dadis Camara avant d'accepter de le recevoir.

Partout dans le monde, les armées revoient leurs normes opérationnelles, leurs modes d'entraînement et leurs règles d'engagement pour les adapter au Statut de Rome. C'est de cette façon que l'on parviendra à éradiquer la violence. La loi fait la différence entre un soldat et un terroriste. En même temps, les militaires doivent aider la Cour en s'engageant à arrêter les personnes qui menacent la sécurité régionale. Dans le cas de Joseph Kony par exemple, son arrestation pourrait être plus efficace qu'une campagne militaire conventionnelle contre l'ARS.

Les conciliateurs et les médiateurs doivent aussi adapter leurs méthodes et leurs moyens d'action en respectant les limites prescrites par la loi. Les médiateurs doivent désormais prendre en compte les faits dévoilés par la preuve judiciaire et respecter le nouveau cadre légal. Le Secrétaire général de l'ONU Ban Ki-Moon a émis en avril 2009 des consignes très strictes exhortant tous les médiateurs à toujours respecter l'action de la CPI. Une telle position ne limite pas le champ d'action des médiateurs ; au contraire, elle leur donne la possibilité de mettre au point de nouvelles stratégies plus sophistiquées pour mener à bien des négociations. Il doit exister une solution médiane entre le bombardement des responsables de crimes à

grande échelle et la politique de la main tendue à leur égard.

Le rôle des victimes dans l'établissement du projet de la CPI a été déterminant. Notre Cour est la leur. Elles participent à ses activités de plusieurs façons. Certaines l'ont saisie, d'autres ont accepté de témoigner. Leur douleur et leurs souffrances constituent autant de preuves contre les accusés. Chacune d'elles a son rôle à jouer pour mettre un terme à l'impunité des crimes de masse et pour renforcer la légitimité du système dans son ensemble.

Enfin, les citoyens et les institutions de la société civile qui, à travers le monde, ont joué un rôle clé dans l'adoption du Statut de Rome en 1998, gardent une place de choix dans sa mise en œuvre. La Coalition pour la Cour pénale internationale sert de plateforme à de nombreuses organisations de la société civile en faveur de la justice internationale, comme en témoigne l'ONG Invisible Children, qui a mené avec succès une campagne auprès du Congrès américain en faveur de la Loi sur le désarmement de l'ARS et la reprise du nord de l'Ouganda de 2009. La campagne « Justice pour le Darfour », qui a rallié à elle plusieurs ONG, est un autre exemple de l'influence que peuvent exercer les citoyens.

Tous les acteurs susmentionnés contribuent à l'élargissement de l'influence exercée par la Cour et son ampleur dépend des actions qu'ils entreprennent.

VI. Conclusion générale

Après sept années d'exercice, le système de Rome est en mouvement. Les analyses et les enquêtes avancent, les procès débutent et les perspectives de développements institutionnels et judiciaires se multiplient. Le nombre de ratifications augmentent de manière constante et régu-

lière. De nouveaux États font confiance et légitiment ainsi davantage l'existence de la Cour.

Pour autant les difficultés liées à l'exécution de ces décisions, notamment des mandats d'arrêts auxquelles fait face la CPI sont réelles. Il faut, dans tous les cas, renforcer la coopération des États en matière d'exécution des mandats d'arrêt.

En tant que magistrats, nous savons que seul le respect de la loi assoira l'autorité et la légitimité de la Cour. La Cour peut contribuer à mobiliser les efforts déployés à l'échelle internationale et appuyer les coalitions qui regroupent les partisans de telles arrestations, mais ce sera en fin de compte aux États parties, qu'il reviendra de prendre la décision d'appliquer la loi.

Les rapports entre juridictions nationales et tribunaux arbitraux internationaux

Maître Frédéric BACHAND, Professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill

Étudier l'arbitrage international dans un congrès consacré à l'internationalisation du droit et à l'internationalisation de la justice allait de soi. En plus de devenir, en quelques décennies seulement, le mode normal de résolution des litiges du commerce international que les parties n'ont pas réussi à résoudre à l'amiable¹⁵⁷, cette institution est devenue un système de justice véritablement international, en ce sens que l'instance arbitrale est aujourd'hui très largement détachée des ordres juridiques nationaux et surtout assujettie à quelques principes généraux transnationaux - j'entends par là des principes généraux faisant l'objet d'un important consensus au sein de la communauté internationale, tels les principes donnant aux parties le libre choix des arbitres¹⁵⁸, de la procédure applicable¹⁵⁹ et du droit applicable au fond¹⁶⁰, le principe de la compétence-compétence¹⁶¹, le principe

d'impartialité des arbitres¹⁶², le principe de l'immunité des arbitres¹⁶³ ainsi que le principe du contrôle a posteriori de la légalité de la démarche arbitrale¹⁶⁴. Certains vont même jusqu'à soutenir que l'arbitrage international est en réalité rattaché à un ordre juridique autonome, transnational - parfois appelé « arbitral », pour reprendre l'expression privilégiée par le Professeur Emmanuel Gaillard dans son récent et magistral ouvrage sur les aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international¹⁶⁵.

Ce phénomène d'internationalisation de l'arbitrage n'est évidemment pas le fruit du hasard. Au contraire, il découle d'un effort concerté de la communauté internationale, qui s'est mise d'accord - au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale - sur trois idées capitales : d'abord, la pacification des relations internationales passe notamment par la libéralisation des échanges commerciaux internationaux¹⁶⁶ ; ensuite, afin de libéraliser ces échanges, les opérateurs du commerce international doivent avoir accès à un système d'arbitrage leur permettant de résoudre leurs litiges de manière efficace¹⁶⁷ ; enfin, l'efficacité de l'arbitrage international dépend de son internationalisation, qui - comme on vient de le souligner - implique notamment l'affranchissement de l'instance arbitrale face aux particularismes juridiques locaux. L'idée d'internationalisation de la justice est donc au cœur même de tout le système.

Si on se penche plus particulièrement sur les rapports qu'entretiennent juridictions nationales et juridictions arbitrales, il faut d'abord rappeler que ces rapports existent toujours : malgré ce phénomène d'internationalisation que je viens d'évoquer, l'arbitrage international - comme chacun le sait - ne se déroule pas totalement en marge de la justice étatique. En raison du caractère privé de l'arbitrage et du fait que l'arbitre - juge privé - est dépourvu d'*imperium*¹⁶⁸, il existe de nom-

breux points de contact entre la justice arbitrale et la justice étatique. Et comme ces points de contact touchent notamment à des questions fondamentales, telles l'exécution de la convention d'arbitrage et l'exécution de la sentence arbitrale, il n'est pas exagéré d'affirmer que l'efficacité de l'arbitrage international est en très grande partie tributaire de la collaboration des juges nationaux. Cette situation perdurera tant et aussi longtemps que la communauté internationale ne s'entendra pas sur la nécessité de créer une juridiction internationale chargée de prêter assistance aux arbitrages internationaux et de contrôler leur légalité - comme ce fut fait dans le cadre du système, très original et très innovateur, de l'arbitrage OHADA¹⁶⁹.

Si le phénomène d'internationalisation de l'arbitrage n'a pas encore conduit à une rupture des liens entre juridictions étatiques et juridictions arbitrales, il exerce néanmoins une influence indéniable et grandissante sur le cadre juridique de l'intervention du juge. On peut y voir un complément logique à un autre phénomène sur lequel il convient de s'arrêter dans un premier temps : la transformation des finalités de l'intervention judiciaire dans ce domaine.

I. Transformation des finalités de l'intervention judiciaire

Les dernières décennies ont été marquées par une transformation très importante des finalités de l'intervention judiciaire en matière d'arbitrage international, transformation qui est liée à un changement d'attitude des droits nationaux face à la justice privée en général, et à la justice arbitrale internationale en particulier.

À une époque qui n'est pas si lointaine - c'est notamment vrai au Canada -, l'attitude des juridictions étatiques face à la justice arbitrale reflétait la méfiance, voire le mépris qu'éprouvait

l'ordre juridique étatique envers celle-ci. L'arbitre était pratiquement sous la tutelle d'un juge qui voyait généralement la justice arbitrale d'un bien mauvais œil. Cette attitude conduisait, par exemple, les juges de common law à faire généreusement usage du pouvoir discrétionnaire dont ils disposaient de refuser de donner effet à une convention d'arbitrage par ailleurs parfaitement valide et applicable au plan contractuel¹⁷⁰, et à exercer un contrôle assez étendu du fond des sentences - notamment à propos de questions de droit¹⁷¹. Elle conduisait aussi les juges civilistes à interpréter les conventions d'arbitrage de manière stricte, en privilégiant - en présence de la moindre ambiguïté - le recours aux juridictions de droit commun¹⁷², ou encore, dans les pires cas, à considérer la clause compromissoire contraire à l'ordre public¹⁷³.

L'attitude des juridictions nationales a ensuite évolué, tout comme d'ailleurs le cadre juridique régissant l'arbitrage. On est passé de l'époque de la méfiance à l'époque de la tolérance : la justice arbitrale n'était alors plus méprisée, mais on ne pouvait cependant aller jusqu'à dire qu'elle était réellement encouragée. L'attitude du juge en est plutôt devenue une de neutralité face à la convention d'arbitrage et à la sentence arbitrale, et c'est ce changement de paradigme qui a rendu possibles d'importants développements en vertu desquels les juridictions étatiques ont, par exemple, accepté de donner pleinement effet à la convention d'arbitrage qu'une partie méconnaît en intentant une action judiciaire¹⁷⁴, renoncé à l'interprétation stricte des conventions d'arbitrage au profit des règles de droit commun d'interprétation des contrats¹⁷⁵, cessé de contrôler le fond des sentences arbitrales¹⁷⁶, et contribué à l'expansion du domaine des matières arbitrables¹⁷⁷.

L'époque de la tolérance a elle aussi fait son temps; nous voici maintenant dans une troi-

sième époque : celle du soutien. Il s'agit d'abord et avant tout d'un soutien de l'ensemble des modes extrajudiciaires de résolution de différends, qu'ils soient juridictionnels ou non, auxquels l'État accepte aujourd'hui de consacrer d'importantes ressources. Vient immédiatement à l'esprit, du moins à celui d'un juriste canadien, la médiation judiciaire - la médiation par les juges -, qui constitue un exemple particulièrement éloquent de ce phénomène¹⁷⁸. En matière d'arbitrage international, et s'agissant plus précisément du rôle joué par les juridictions nationales, les répercussions sont majeures et clairement reflétées dans le cadre juridique applicable. En effet, aujourd'hui, on ne s'attend plus seulement des juges à ce qu'ils rendent l'arbitrage international possible en donnant effet à la convention d'arbitrage et en respectant la finalité de la sentence arbitrale; il leur incombe également de rendre l'arbitrage international efficace. D'ailleurs, les conditions de l'intervention judiciaire prévues dans les lois modernes sur l'arbitrage international révèlent que désormais, le juge intervient d'abord et avant tout afin de servir les intérêts des usagers de la justice arbitrale internationale; autrement dit, le juge étatique est désormais principalement perçu comme un partenaire de l'arbitre dans cette quête de l'efficacité de l'arbitrage international.

C'est dans cet esprit que l'on permet aux parties d'exiger du juge qu'il prenne des mesures destinées à assurer la constitution du tribunal arbitral¹⁷⁹ et qu'il prenne des mesures procédurales visant à pallier l'absence d'imperium de l'arbitre - telles des mesures provisoires et conservatoires¹⁸⁰ et des mesures d'administration des preuves¹⁸¹. C'est aussi ce souci d'efficacité qui sous-tend plusieurs règles destinées à assurer l'autonomie de l'instance, comme celle s'opposant au contrôle judiciaire des ordonnances de procédure rendues par les arbitres¹⁸², ainsi que les règles donnant ouverture

au contrôle judiciaire direct de la compétence du tribunal arbitral et de la régularité de la procédure arbitrale¹⁸³. C'est également dans cet esprit que dans plusieurs pays - y compris la France, la Suisse et la Tunisie -, on a choisi de concentrer le contentieux relatif aux arbitrages internationaux devant une cour donnée ou encore un groupe relativement restreint de juges, l'idée étant d'assurer que ces affaires aboutiront devant des juges expérimentés dans ce domaine et donc mieux à même d'assurer la qualité et la cohérence de la jurisprudence¹⁸⁴.

Cela étant, on aurait tort de croire que le juge est uniquement un auxiliaire de la justice arbitrale. Son intervention sert aussi à veiller au respect de certains intérêts publics, propres à l'ordre juridique national au nom duquel il exerce d'abord et avant tout son pouvoir juridictionnel. On pense notamment au contrôle judiciaire de l'arbitrabilité du litige, qui est toujours fait à la lumière de règles proprement internes¹⁸⁵, ainsi qu'au contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public - un ordre public non pas transnational, mais bien local, ancré dans l'ordre juridique national, quoique possiblement ouvert à des normes étrangères¹⁸⁶. Mais il est indéniable que cette seconde finalité de l'intervention judiciaire en matière d'arbitrage international est aujourd'hui en net recul.

II. L'internationalisation du cadre juridique de l'intervention judiciaire

Le souci d'assurer l'efficacité de l'arbitrage international n'a pas seulement entraîné une transformation fondamentale des finalités de l'intervention judiciaire. Il explique également un autre phénomène ayant marqué l'évolution des rapports entre justice arbitrale et justice étatique au cours des dernières décennies : l'internationalisation du cadre juridique applicable.

Ce ne sont donc pas seulement les règles applicables à l'arbitre qui revêtent désormais un caractère transnational. Ce sont aussi celles applicables au juge appelé à intervenir en marge d'un arbitrage international, juge qui est ainsi spécialement atteint par le phénomène plus large de perméabilité croissante des ordres juridiques étatiques à des normes transnationales qui retient beaucoup l'attention ces temps-ci¹⁸⁷.

On assiste d'abord à une internationalisation du cadre législatif de l'intervention du juge en matière d'arbitrage international, qui est principalement due au succès spectaculaire qu'a connu la Convention de New York de 1958. Non moins de cent quarante-cinq pays¹⁸⁸, incluant la grande majorité des pays représentés au sein de l'AHJUCAF, sont aujourd'hui parties à ce traité international ayant vocation à régir de manière uniforme les deux aspects les plus importants du processus arbitral : d'une part, l'effet des conventions d'arbitrage - qui, au terme de l'article II, sont en principe valides et obligatoires, tant pour les parties que pour les juges nationaux¹⁸⁹ ; d'autre part, l'effet des sentences arbitrales, qui, au terme de l'article III, doivent être reconnues et exécutées par les juges nationaux sauf en présence de circonstances exceptionnelles énumérées de manière exhaustive à l'article V¹⁹⁰.

L'internationalisation du cadre législatif de l'intervention judiciaire en matière d'arbitrage international est aussi due au succès qu'a connu la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui a vu le jour le 21 juin 1985 et qui célèbre donc son vingt-cinquième anniversaire aujourd'hui même. La Loi type va beaucoup plus loin que la Convention de New York, car elle a notamment pour vocation de régler de manière exhaustive¹⁹¹ les conditions de l'intervention judiciaire s'y rapportant. Elle ne s'intéresse donc pas seulement à l'exé-

cution des conventions d'arbitrage et des sentences, mais aussi aux mesures provisoires et conservatoires, à l'intervention judiciaire dans la constitution du tribunal arbitral, au contrôle judiciaire de la compétence arbitrale, à l'assistance judiciaire dans l'obtention de preuves et au recours en annulation d'une sentence arbitrale. Bel exemple du potentiel et de l'utilité des lois modèles, dont la plus grande souplesse en fait parfois des instruments d'internationalisation et d'harmonisation du droit plus efficaces que les traités internationaux, la Loi type a été adoptée dans plus de soixante pays, répartis sur tous les continents et représentant près de la moitié de la population mondiale¹⁹². Et c'est sans compter les nombreux pays où, sans qu'elle ait été adoptée à proprement parler, la Loi type fut l'une des principales sources d'inspiration des parlementaires chargés de réformer le droit de l'arbitrage; un exemple bien connu est l'Angleterre et sa loi sur l'arbitrage de 1996¹⁹³.

Ces développements survenus sur le terrain législatif témoignent d'un consensus parmi les acteurs politiques autour de l'idée selon laquelle l'efficacité de l'arbitrage international passe non seulement par l'internationalisation de l'instance arbitrale, mais aussi par l'harmonisation des principales conditions de l'intervention judiciaire s'y rapportant. Cela dit, ces acteurs politiques ne sont pas les seuls à contribuer à l'internationalisation du cadre juridique applicable. Désormais, certains juges emboîtent eux-mêmes le pas, en adoptant - en présence d'ambiguïtés dans les textes applicables - des méthodes d'interprétation législative reflétant le caractère proprement international du système. Ces juges choisissent ainsi de participer à l'effort d'internationalisation du système en faisant preuve d'une ouverture au droit comparé même lorsque celle-ci n'est pas formellement exigée par le législateur. Ils n'hésiteront pas à vérifier, par exemple, si la question à laquelle ils sont

confrontés a été abordée dans des instruments internationaux, dans la loi ou la jurisprudence d'autres États, ou encore si - parmi les réponses possibles - l'une d'entre elles fait l'objet d'un certain consensus, favorable ou défavorable, au sein de la communauté des États accordant leur soutien à l'arbitrage international.

Ce phénomène est de plus en plus visible dans la jurisprudence canadienne, nos juges n'hésitant plus à faire expressément référence, dans leurs jugements, aux résultats d'incursions en droit comparé susceptibles d'éclaircir des ambiguïtés décelées dans les dispositions législatives relatives à l'arbitrage. On en trouve un excellent exemple dans l'arrêt rendu le 22 juillet 2005 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *GreCon*¹⁹⁴. La Cour s'est notamment penchée sur l'efficacité d'une clause compromissoire invoquée dans le contexte d'un appel en garantie. La règle consacrant l'effet négatif de la convention d'arbitrage, qui militait en faveur du renvoi de l'appel en garantie à l'arbitrage, s'opposait à la règle générale selon laquelle la compétence du tribunal judiciaire à l'égard de l'action principale s'étend à l'appel en garantie. La Cour souligna qu'en présence d'une clause d'arbitrage insérée dans un contrat international, et donc visée par la Convention de New York, les dispositions pertinentes devaient être interprétées de manière à assurer le respect par le Canada des obligations lui incombant au terme de la Convention. Et surtout, la Cour accorda beaucoup d'importance à la jurisprudence étrangère retenant qu'on ne peut refuser de donner effet à une convention d'arbitrage visée par la Convention de New York au seul motif qu'elle est invoquée dans le contexte d'un appel en garantie.

Ce souci d'interpréter la Convention de New York de manière conforme aux consensus se dégageant de la pratique internationale est également au cœur de la décision rendue

récemment par cette même Cour suprême dans l'affaire *Yugraneft*¹⁹⁵. Se posait notamment la question de savoir si la Convention de New York s'intéresse à la prescription applicable aux demandes de reconnaissance et exécution de sentences étrangères faites en vertu de celle-ci. Ici aussi, la Cour prit soin d'interpréter la Convention en adoptant une perspective internationale, ce qui la conduit notamment à tenir compte de la pratique des États membres démontrant un large consensus à l'effet que ceux-ci pouvaient déterminer librement la durée de la prescription applicable.

Ce phénomène d'ouverture croissante à la méthode comparative semble témoigner d'une transformation de la perception qu'ont ces juges de leur propre statut. Ils ne se perçoivent plus exclusivement comme des juges œuvrant dans un espace juridique local ou national, ils se situent aussi - voire surtout - dans un espace juridique dont les frontières dépassent largement celles de l'État auquel ils sont d'abord et avant tout rattachés, et qui est doté de règles d'interprétation lui étant propres. Ils semblent cesser momentanément d'être des acteurs situés à l'extérieur du système d'arbitrage international, agissant plutôt comme des acteurs situés à l'intérieur même de ce système - au même titre que les arbitres. On pourrait même pousser l'audace jusqu'à suggérer que, du coup, ces juges se rattachent - quoique seulement partiellement et temporairement - à un ordre juridique transnational, cet ordre juridique « arbitral » évoqué en introduction¹⁹⁶.

Doit-on s'inquiéter de ce phénomène ? S'agit-il d'une transformation du statut du juge qu'on pourrait taxer d'antidémocratique et illégitime, à l'instar de ceux et celles qui s'insurgent contre le recours au droit comparé dans l'interprétation de textes constitutionnels¹⁹⁷ ? Certainement pas. En principe, cette transformation du statut du juge ne soulève aucun problème de légitimité,

puisque la recherche de la cohérence des solutions à l'échelle internationale est une conséquence parfaitement logique - et donc tout à fait souhaitable - de la politique favorable à l'arbitrage international à laquelle adhèrent très clairement la grande majorité des États, et du consensus autour de l'idée selon laquelle l'intervention judiciaire en la matière a principalement pour finalité d'assurer l'efficacité de la justice arbitrale aux yeux des ses usagers.

Si le recours au droit comparé par les juridictions nationales appelées à intervenir en marge d'arbitrages internationaux doit donc assurément être encouragé, il faut néanmoins reconnaître que le passage de la théorie à la pratique peut parfois s'avérer des plus ardues. Les juges nationaux qui possèdent une expertise en droit comparé de l'arbitrage international ne sont évidemment pas légion. Il est vrai que l'accès aux textes normatifs étrangers et internationaux est aujourd'hui facilité par des traductions diffusées dans des publications telles la *Revue de l'arbitrage*, qui est éditée par le Comité français de l'arbitrage, et l'*International Handbook on Commercial Arbitration*, qui est éditée par l'*International Council for Commercial Arbitration*. Cependant, la consultation de ces textes est souvent insuffisante pour résoudre les problèmes d'interprétation qui se présentent, et l'accès à la jurisprudence étrangère ainsi que l'analyse de celle-ci nécessitent des ressources dont la plupart des juridictions étatiques ne bénéficient pas.

Une solution envisageable est de permettre l'intervention d'experts afin d'informer la cour du contexte international susceptible d'influer sur les sens des dispositions législatives litigieuses. Cette pratique a commencé à être adoptée au Canada. Dans une affaire relative à un arbitrage se déroulant à Montréal et opposant Air France à la Libyan Arab Airlines, la Cour supérieure du Québec a reçu des témoignages

d'experts engagés par les parties¹⁹⁸ et portant notamment sur les règles de la Loi type de la CNUDCI relatives à l'intervention judiciaire durant le déroulant de l'instance arbitrale¹⁹⁹. Plus récemment, cette même Cour a accepté d'entendre plusieurs experts dont l'intervention visait à assurer que des demandes d'annulation de sentences CCI rendues à Montréal soient jugées conformément aux principes généraux de l'arbitrage international²⁰⁰. Évidemment, compte tenu des coûts importants qu'engendrera invariablement l'intervention d'experts, cette solution ne saurait être envisagée que dans les affaires les plus importantes.

Une autre solution consiste à permettre à des institutions œuvrant dans le domaine de l'arbitrage international ou s'intéressant au développement du droit de l'arbitrage international d'intervenir de manière désintéressée auprès des juridictions nationales afin de faire des représentations sur le contexte international pertinent. L'expérience américaine et canadienne montre que dans les affaires les plus importantes, les institutions d'arbitrage - même étrangères - seront souvent prêtes à mettre leur expertise à la disposition des juridictions étatiques, et ce, bénévolement²⁰¹.

Cela dit, la circulation à l'échelle internationale des solutions proposées ou retenues dans les pays prêtant leur concours au système d'arbitrage international passe d'abord et avant tout par le développement d'infrastructures de recherche adéquates et la réalisation d'études comparatives adaptées aux besoins des juridictions nationales. Les comparatistes s'intéressant à l'arbitrage international ont donc un rôle de premier plan à jouer afin de rendre possible ce dialogue interjuridictionnel et interjurisprudentiel qui permettra au phénomène d'internationalisation de l'arbitrage de franchir une nouvelle étape.

Atelier II

Les rapports entre les cours nationales

Président de séance :

Monsieur Papa Oumar SAKHO

Premier président de la Cour suprême du Sénégal

Les approches des systèmes de droit international privé et les conventions internationales

Monsieur Jean Gabriel Castel,

Professeur émérite, Osgoode Hall Law School, Université York, Toronto

Avec la mondialisation et le développement du commerce international qui en a résulté, il s'agit d'un sujet d'importance capitale pour tous les juristes qu'ils soient juges, praticiens ou enseignants.

Avant d'analyser et d'apprécier les critiques de l'approche conflictuelle traditionnelle de résolution des conflits de lois qui a été appliquée de façon constante par la législation et la jurisprudence dans la plupart des systèmes de droit international privé aussi bien en droit civil qu'en common law, je traiterai en premier lieu de l'objet du droit international privé, particulièrement des conflits de lois qui sont au cœur de cette matière.

L'analyse de l'approche conflictuelle traditionnelle et de ses imperfections me permettra de me pencher sur plusieurs de ses variantes dont chacune est censée la corriger voire même la supplanter. J'examinerai ensuite très brièvement les conventions d'unification des règles de droit international privé afin de déterminer si leurs règles sont compatibles avec les approches des systèmes de droit international privé en vigueur dans le monde et si elles tiennent compte des critiques adressées à l'approche conflictuelle traditionnelle .

Je conclurai par quelques observations personnelles

I. L'objet du Droit international privé

Chaque État possède son propre système de droit international privé dont les règles doivent être appliquées par ses tribunaux. Cependant, leur application dépend de l'approche adoptée par le législateur ou en son absence par les tribunaux, car il s'agit essentiellement d'une question de choix entre plusieurs rattachements possibles qui débouchent sur l'application soit de la loi interne du for, soit d'une loi interne étrangère.

Le choix des rattachements par le législateur ou par les tribunaux sera influencé par l'objet du droit international privé tel qu'ils le conçoivent. Malheureusement, l'unanimité n'existe pas quant à la nature de cet objet qui en réalité est multiple. Ainsi, on pourrait plutôt parler d'objectifs au pluriel. A titre d'exemple, je citerai la coordination ou harmonisation des systèmes juridiques en présence, quelque soit le for saisi de l'affaire afin d'éviter le forum shopping. Il s'agit de l'objectif le plus souvent cité en faveur de l'approche traditionnelle (conflicts justice). D'autres objectifs sont l'uniformité des solutions qui est proche de la coordination ou harmonisation des systèmes juridiques, la protection des espérances justifiées des parties y compris la certitude et la prévisibilité des résultats qui sont des objectifs particulièrement importants dans le domaine des obligations contractuelles car il ne faut pas décevoir l'attente des parties en cause.

La recherche d'une solution juste est aussi un autre objectif majeur qui est souvent cité par ceux qui critiquent l'approche conflictuelle traditionnelle. Naturellement, ces objectifs ne sont pas mutuellement exclusifs.

II. L'approche conflictuelle traditionnelle et sa critique

A. L'approche conflictuelle traditionnelle

Chaque fois qu'un tribunal a à connaître d'un litige comportant un élément d'extranéité susceptible de se rattacher à deux ou plusieurs États ou provinces, il doit consulter son propre système de droit international privé et déterminer la loi applicable par référence à celui-ci. Il s'agit de choisir une unité juridique dont la loi a vocation à s'appliquer (jurisdiction selective approach).

En premier lieu le tribunal devra déterminer la nature juridique du problème engendré par les faits matériels de la cause contenant un ou plusieurs éléments d'extranéité. Pour ce faire, il lui faudra analyser ces faits matériels, c'est à dire les qualifier, afin d'en extraire les aspects juridiques et les classer dans des catégories légales déterminées qui sont connues du for. Par exemple, s'agit-il d'un problème de succession aux meubles du défunt? Si c'est le cas, le tribunal appliquera la règle appropriée de rattachement du for qui est l'élément local de fait (par ex. résidence) ou de droit (par ex. nationalité) qui rattache le problème juridique à la loi d'une unité juridique distincte qui peut-être sa propre loi ou celle d'une autre unité juridique. Cette marche à suivre permet au tribunal de découvrir la loi applicable et d'arriver à une solution pratique du problème.

L'approche traditionnelle a sa source dans l'œuvre de Savigny. Selon ce grand juriste, lorsqu'une relation de droit privé dépasse le cadre de la vie intime d'un pays, il faut la soumettre aux dispositions internes de l'un des pays avec lesquels elle se trouve en contact. Par exemple, la loi applicable aux divers rapports de droit d'une personne sera déterminée en recherchant : "pour chaque rapport de droit, le domaine du droit auquel ce rapport appartient de par sa nature (où ce rapport de droit a son siège)."²⁰² Il est nécessaire de

localiser chaque rapport de droit pour lui appliquer la loi de ce lieu.

Cette approche analytique doit permettre au tribunal de prendre en considération des éléments ou facteurs de rattachement très variés pour déterminer le ressort qui convient à une loi d'après la nature de la situation juridique qu'elle régleme.

B. Critiques de l'approche conflictuelle traditionnelle

Il en résulte que l'approche conflictuelle traditionnelle se présente sous la forme d'un ensemble harmonieux constitué de règles très générales et très abstraites qui, en principe, devraient permettre de donner dans chaque cas d'espèce la solution la mieux adaptée. Pourtant, depuis une cinquantaine d'années, cette approche conflictuelle qui pendant longtemps a été appliquée quasiment universellement, a fait l'objet de bien des critiques, particulièrement aux États-Unis où des approches concurrentes jugées préférables ont été proposées par la doctrine et entérinées par certains tribunaux afin de parvenir dans chaque cas d'espèce à une décision conforme à une justice matérielle ou substantielle (result selective approach to achieve material or substantial justice in the individual case), ce qui n'est pas toujours le cas lorsqu'on utilise l'approche conflictuelle traditionnelle.

Les principales critiques de l'approche traditionnelle se basent en premier lieu sur sa rigidité excessive et son dogmatisme illustrés par l'application de principes juridiques à priori, la généralisation excessive du contenu des règles de droit international privé et son manque d'orientation vers la solution juste. Ceci est du au fait qu'elle est fondée sur un raisonnement syllogistique dont les deux prémisses sont les catégories de rattachement et la qualification. Ainsi les tribunaux sont prisonniers de la rigueur du syllo-

gisme. Lorsque les prémisses ont été posées, la conclusion est inéluctable. La solution est automatique. La loi applicable est toujours la même dans un domaine donné. Par exemple, la loi du domicile du défunt s'applique toujours à sa succession mobilière. Le tribunal ne peut éviter son application s'il estime que la règle de conflit qu'il doit appliquer n'est pas adaptée au cas concret qu'il a à juger. C'est aussi le cas du rattachement fondé sur le lieu du délit qui peut ne pas être pertinent dans le cas du transport bénévole lorsque ce lieu est purement fortuit et que la justice exige l'application d'une autre loi. Cependant, afin d'éviter des solutions absurdes ou d'appliquer des règles dépassées, il est possible d'avoir recours à des échappatoires telles que la requalification de l'objet du litige, le renvoi, et l'ordre public international. Ainsi, au Québec, l'article 3082 du Code civil permet d'éviter une décision injuste en appliquant le principe de proximité prôné par la *proper law*.²⁰³

L'approche traditionnelle peut aussi engendrer des inconvénients au plan de l'unification du droit international privé car les catégories de rattachement sont déterminées en fonction des catégories du droit interne. Il en va de même pour les qualifications qui se font selon la loi du for. Si l'est du droit interne qui peuvent varier d'un système juridique à un autre, l'unité des solutions ne peut exister que si les catégories et leur contenu sont identiques. Par exemple, le consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs peut être qualifié comme se rapportant à la forme dans un système juridique et à la capacité dans un autre système juridique. Dans les deux systèmes la forme est régie par la règle *locus regit actum* et la capacité par la loi du domicile. Cependant, l'uniformité des solutions ne peut être obtenue vu la différence des qualifications. Par conséquent, l'approche traditionnelle fondée en

grande partie sur l'analyse du droit interne ne peut conduire à une véritable uniformisation des systèmes de droit international privé que si les droits internes sont identiques.

Enfin, certains soutiennent que l'approche traditionnelle est trop complexe, trop difficile à appliquer pour les non initiés. Dans les États ou entités juridiques où le droit international privé est non codifié, l'incertitude et l'imprévisibilité prévalent souvent et la solution d'un litige peut résulter d'une règle jurisprudentielle qui n'est pas bien assise. Cette critique n'est pas propre à l'approche traditionnelle. Elle peut aussi être adressée à d'autres approches conflictuelles. Cependant, il faut bien reconnaître qu'en général l'approche traditionnelle permet la coordination et l'harmonisation des systèmes juridiques en présence (conflits justice) et favorise la certitude et la prévisibilité des résultats puisque, pour un problème donné on arrive toujours au même résultat.

C. Variantes de l'approche conflictuelle traditionnelle : l'impressionnisme juridique. La recherche de la *proper law* ou principe de proximité

Comme nous venons de le voir dans l'approche conflictuelle traditionnelle, il n'est nullement question de se livrer à une analyse du contenu des lois en présence ou des intérêts gouvernementaux des systèmes juridiques où ces lois sont en vigueur. Il en résulte que le tribunal peut être amené à appliquer une loi n'ayant pas grand titre à régir la cause qui lui est soumise. C'est pourquoi certains juristes ont proposé d'avoir recours à une analyse fonctionnelle pour arriver à la meilleure solution dans chaque cas d'espèce en utilisant des directives fondées soit sur la finalité qui doit être poursuivie par le tribunal, soit sur des techniques de personnalisation.

1. Recherche d'une solution juste

Le professeur Cavers²⁰⁴ rejette l'approche traditionnelle, car il estime que pour rendre justice aux parties dans chaque cas d'espèce, le tribunal doit examiner le contenu matériel ou substantiel des lois en conflit. Il doit choisir une loi particulière et non une unité juridique particulière dont le droit est généralement applicable. Il ne doit y avoir aucun compartiment étanche entre les règles déterminant la loi applicable et les règles matérielles ou substantielles de cette loi. Le choix d'une loi n'est définitif que si la solution qu'elle offre satisfait aux exigences de la justice et aux objectifs sociaux en cause. En d'autres termes, les règles de conflit ne peuvent pas être impersonnelles; elles doivent correspondre aux faits particuliers de chaque cas d'espèce. Il conclut qu'il est impossible de formuler des règles définitives de conflit et qu'il faut simplement se servir de principes de préférence. A vrai dire, ces principes de préférence sont des pseudo-règles de conflit de lois, ce qui semble indiquer que le professeur Cavers, après avoir rejeté un système de règles de conflit déjà formulées, en reconnaît ensuite la nécessité, tout au moins pour certaines règles. Sans revenir à l'approche traditionnelle, il tente de démontrer que son approche n'aboutit pas uniquement à des décisions ad hoc.

2. Groupement des points de contact.

La proper law - principe de proximité.

Recherche du rapport le plus significatif

Le Restatement of the Law, Second 205 a adopté une approche qui est plus flexible que celle préconisée par le premier Restatement²⁰⁶ qui était empreint de dogmatisme. Ainsi, le législateur et les tribunaux lorsqu'ils doivent formuler ou interpréter les règles de conflit de lois, doivent être guidés par des considérations de politique législative. Tout dépend des objectifs que

le législateur et les tribunaux désirent atteindre, car les règles de droit international privé ne doivent pas être déduites de principes généraux posés à l'avance. Le Restatement Second tient compte d'un nombre de facteurs pour arriver à une approche flexible qui veut que les droits et obligations relatifs à une question particulière soient déterminés par les dispositions matérielles de la loi de l'État qui, concernant cette question, a le rapport le plus significatif avec les faits de la cause et les parties. L'énumération des facteurs et des politiques devant guider le choix de la loi applicable n'est pas exhaustive. L'Article 6 du Restatement Second résume cette approche :

- 1) Un tribunal, sous réserve des restrictions constitutionnelles, doit suivre la règle de conflit de son propre État.
- 2) Lorsqu'il n'existe pas de règle pour le guider, les facteurs se rapportant au choix de la loi applicable comprennent :
 - a) Les besoins des systèmes interétatiques et internationaux.
 - b) Les politiques législatives du for.
 - c) Les politiques législatives pertinentes des autres États intéressés ainsi que les intérêts relatifs de ces États quant à la solution du problème particulier soumis au tribunal.
 - d) La protection des espérances justifiées.
 - e) Les politiques législatives fondamentales se rapportant à ce domaine du droit.
 - f) La certitude, la prévisibilité et l'uniformité des solutions.
 - g) La facilité dans la détermination et l'application de la loi pertinente.

Cette manière de procéder permet toute liberté quant à la solution à apporter à des problèmes spécifiques. L'approche traditionnelle n'est pas abandonnée, elle est simplement modifiée pour

tenir compte de certains objectifs. Les problèmes de conflit de lois sont résolus d'une manière empirique sans dogmatisme et sans nier l'existence des règles de conflit.

La *proper law* qui à son origine dans les travaux du professeur Morris²⁰⁷ pour résoudre les conflits de lois en matière contractuelle et extra-contractuelle, fait aussi partie dans une certaine mesure de l'approche adoptée par le Restatement Second. Pour arriver à une solution juste, il est nécessaire de grouper les points de contact, c'est à dire les facteurs de rattachement possibles, par exemple, en matière de délits, le lieu de l'accident, le lieu du dommage, la résidence de la victime, etc., ce qui permet au tribunal de désigner la loi de l'État vers lequel la convergence est la plus forte et dont, par conséquent, la loi doit s'appliquer. Il n'est pas question de compter ou d'additionner ces points de contact mais d'évaluer leur importance dans le contexte considéré. Cette technique de localisation objective dans certains domaines du droit international privé fait partie de l'approche traditionnelle. Elle ne semble pas avoir de portée générale quoique elle pourrait éventuellement éclipser l'approche traditionnelle et remplacer toutes les règles de conflits de lois par une seule règle, à savoir que le tribunal doit appliquer à chaque cas d'espèce la loi qui lui est le plus intimement liée.

Il nous semble que la *proper law* (ou principe de proximité qui permet d'écarter la loi normalement désignée par la règle de conflit lorsqu'elle n'a qu'un lien éloigné avec la situation en cause - au Québec art. 3082 C.Civ. : clause échappatoire) ne devrait être qu'un procédé subsidiaire ou complémentaire afin de suppléer à la carence de l'approche traditionnelle lorsqu'elle peut aboutir à une solution qui choque la conscience, car elle laisse trop de liberté au tribunal et d'incertitudes pour permettre de découvrir la solution de n'importe quel

problème de conflit de lois. En tant qu'approche générale, elle va à l'encontre de plusieurs objectifs du droit international privé. Il faut reconnaître que le mérite de la *proper law* est de permettre au tribunal de donner des solutions mieux adaptées à chaque cas d'espèce. Cependant, le tribunal peut être enclin à appliquer la *lex fori* qu'il connaît mieux ou encore la loi qui est la plus favorable à l'une des parties surtout si celle-ci est la plus faible.

La difficulté est que pour arriver à une solution juste dans chaque décision, il y a souvent confusion entre les problèmes de conflits de lois et les problèmes de fond. La règle de conflit se doit de rester neutre autant que possible. La justice, elle, dépend non de cette règle mais du contenu de la loi désignée. En matière contentieuse, le danger causé par la *proper law* est de retirer toute sécurité aux parties en cause. En matière non contentieuse, le danger est plus grave encore car, pour transiger, les parties doivent pouvoir prévoir les solutions possibles, ce qui n'est pas toujours facile lorsque dans un cas particulier difficile (*border line cases*), plusieurs règles de solution des conflits de lois peuvent s'appliquer. En conclusion, il semblerait que le recours à la *proper law* ne peut qu'encourager les litiges.

3. Rattachements multiples : alternatifs et cumulatifs

Pour assouplir l'approche conflictuelle traditionnelle qui favorise un rattachement unique désignant objectivement la loi de l'État qui doit résoudre le problème et répondre à ses critiques, il nous semble que la solution est d'adopter dans certains domaines du droit international privé des règles de conflit à rattachements multiples, soit alternatifs, soit cumulatifs. C'est ce qui s'est passé dans plusieurs pays, notamment au Québec²⁰⁸ et en Suisse²⁰⁹. La pluralité des facteurs de rattachement permet

d'atteindre une solution plus juste qui répond à l'attente des parties sans violer l'approche traditionnelle. Cependant, le recours au principe de proximité ne devrait pas jouer lorsque la règle de conflit prévoit un nombre assez élevé de rattachements dont l'un d'entre eux a les liens les plus étroits avec la situation.

III. Les intérêts gouvernementaux. Notion de vrai ou faux conflit

L'approche traditionnelle a aussi été rejetée par le professeur Currie²¹⁰ qui désire faire table rase des règles de droit international privé. Il propose une nouvelle approche basée sur une analyse des politiques législatives et des intérêts gouvernementaux des États dont les lois pourraient s'appliquer. Une règle de droit matériel ou substantiel exprime la politique d'un État dans un domaine particulier et chaque État a, en raison de ses liens avec la question en litige, un intérêt légitime à voir sa loi matérielle appliquée. Il pose la règle suivante :

a) Lorsqu'un tribunal est appelé à appliquer la loi d'un État étranger différente de la loi du for, il doit rechercher les politiques exprimées par les lois respectives et établir les circonstances qui permettraient raisonnablement à chacun des États concernés de faire valoir un intérêt à l'application de ces politiques. Ce faisant, le tribunal doit employer le procédé ordinaire de construction et d'interprétation des lois.

b) Si le tribunal constate qu'un seul État a intérêt à ce que sa politique législative soit appliquée dans les circonstances de la cause et que l'autre État n'en a pas, il doit appliquer la loi du seul État intéressé.

c) Si le tribunal constate qu'il existe un conflit évident entre les intérêts des deux États, il doit procéder à un nouvel exa-

men. Une interprétation plus modérée et mesurée de la politique ou de l'intérêt de l'un ou l'autre État peut éviter le conflit.

d) Si, après réexamen, le tribunal constate qu'un conflit entre les intérêts légitimes des deux États est inévitable, il doit appliquer la loi du for.

e) Si le for est désintéressé à régir le litige, mais qu'un conflit inévitable existe entre les lois de deux autres États qui pourraient s'appliquer, et si le tribunal ne peut en toute justice refuser de juger, il doit appliquer la loi du for, jusqu'à ce que quelqu'un trouve une meilleure solution !

L'intérêt gouvernemental inhérent à chaque règle matérielle ou substantielle de droit détermine le champ d'application de cette loi. Le professeur Currie opère sur le plan du droit matériel ou substantiel et non sur celui des règles de conflits de lois. Chaque règle de droit matériel ou substantiel est conditionnée dans l'espace, c'est à dire qu'elle délimite elle-même son champ d'application. C'est pourquoi le tribunal appelé à tenir compte des intérêts gouvernementaux doit examiner le contenu et les politiques fondamentales sous-jacentes des lois des États virtuellement intéressés au litige. Cette approche évite au tribunal l'application d'une loi d'un État qui n'a aucun intérêt au litige. La question qui se pose c'est de savoir si un État a un intérêt réel à ce que sa loi s'applique dans un rapport de droit privé international. Il me semble que la notion d'intérêt gouvernemental est trop politique dans le domaine des relations privées.

La plupart des facteurs de rattachement qui font partie des règles traditionnelles des conflits de lois doivent permettre de déterminer quel État a intérêt à ce que sa loi et sa politique législative soient appliquées. Une règle de conflit a pour but d'indiquer au tribunal la voie à suivre. Lorsque le même facteur est utilisé pour définir un intérêt gouvernemental, le tribunal ne s'oc-

cupe pas de ce qu'il doit faire mais cherche à promouvoir l'intérêt d'un État particulier. Un intérêt gouvernemental fait naître un conflit, il ne le résout pas. Le tribunal doit en premier lieu, rechercher les États qui ont un intérêt gouvernemental à faire valoir. Il s'agit d'un processus quasi automatique de construction et d'interprétation qui n'a rien à voir avec les conflits de lois. A l'étape suivante, le tribunal doit appliquer la loi de l'État étranger qui s'intéresse au rapport litigieux. Si plusieurs États, y compris celui du for, sont intéressés, c'est la loi du for qui prévaut même si elle n'est pas celle de l'État dont l'intérêt est prédominant, parce que le for n'a pas à peser les intérêts des États impliqués. En d'autres termes, l'intérêt du for prévaut en dépit de toutes autres considérations. Cette approche encourage le forum shopping et empêche l'uniformité des résultats. Dans les causes où deux lois étrangères sont en conflit alors que la loi du for est désintéressée à régir le litige, le professeur Currie, n'ayant pas pu trouver une solution satisfaisante à ses yeux, se déclare en faveur de l'application de la loi du for. Par contre, le professeur Baxter²¹¹ est d'avis que dans ce cas, le tribunal devra appliquer la loi de l'État dont les intérêts seraient les plus atteints si sa loi n'était pas appliquée.

On peut douter que le processus habituel de construction et d'interprétation des lois permette au tribunal de découvrir une politique législative pertinente pour chaque loi soumise à son examen. Il y a aussi danger que le for exagère son propre intérêt et minimise l'importance des facteurs qui ne sont pas reflétés dans ou par les politiques internes des lois qui se trouvent en conflit. Le professeur Currie donne priorité aux intérêts gouvernementaux au détriment de la justice qui est due aux plaideurs. Cependant, il a eu le mérite d'avoir dégagé la notion de faux conflit ou faux problème qui fait partie intégrante de sa méthode de solution des conflits

de lois. Par exemple, il existe un faux conflit ou un faux problème lorsque les dispositions matérielles ou substantielles des lois pertinentes des États qui ont un titre à régir un point particulier de droit privé à caractère international sont les mêmes ou sont compatibles, ou sont différentes mais aboutissent toutes à un résultat identique, ou encore sont différentes mais un seul État a intérêt à appliquer sa propre loi. Il en est de même lorsqu'aucun des États n'a d'intérêt à appliquer sa propre loi. Par contre, la difficulté se présente lorsqu'il existe un vrai conflit, c'est à dire lorsque les lois en présence sont différentes ou, si semblables, n'aboutissent pas à un résultat identique et chaque État a intérêt à appliquer sa propre loi. L'approche du professeur Currie et sa notion de faux conflit ne présentent pas un grand intérêt pour les États qui ont codifiés les règles de droit international privé. En l'absence de règles codifiées, les tribunaux pourraient suivre son approche pour éviter les dispositions matérielles ou substantielles d'une loi d'un État qui n'a pas vraiment d'intérêt gouvernemental à protéger. Cependant, il donne trop d'importance aux intérêts gouvernementaux qui sont souvent difficiles à découvrir. Comment le tribunal saisi peut-il déterminer le véritable intérêt gouvernemental étranger d'une loi adoptée il y a plus d'un siècle et décider quel est l'intérêt le plus important lorsque deux États sont poussés par des considérations différentes dans leurs politiques législatives ? La notion d'intérêt gouvernemental est trop polyvalente pour guider les tribunaux. Un intérêt gouvernemental doit être tempéré par les valeurs sociales et par les intérêts légitimes des plaideurs.

IV. Règles matérielles ou substantielles internationales uniformes principalement par voie de conventions internationales

Une autre approche est de régler les relations internationales par l'élaboration de règles matérielles ou substantielles uniformes qui

régissent le fond du droit. Ces règles sont supposées concourir à l'unification du droit et à éviter tout recours au droit international privé. Il existe des règles matérielles ou substantielles d'origine internationale qui s'appliquent seulement dans les relations internationales et qui laissent subsister dans les relations internes le particularisme des législations nationales, par exemple la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.²¹² Par contre, certaines règles matérielles ou substantielles sont aussi applicables à la fois dans les relations internationales et dans les relations internes, par exemple les Conventions de Genève de 1930²¹³ et 1931²¹⁴ sur les effets de commerce et le chèque. Dans ce cas, il existe une unification totale puisque le texte de la convention est incorporé dans le droit de chacun des États signataires et régit indistinctement les opérations internes et les opérations internationales. Ces conventions réduisent le champ d'application de l'approche conflictuelle traditionnelle mais ne l'éliminent pas car il reste à déterminer le domaine de la règle matérielle ou substantielle et son interprétation.

Il existe aussi des règles matérielles ou substantielles nationales d'origine soit législative, soit jurisprudentielle, qui règlent directement la forme et le fond des situations conflictuelles sans souci d'uniformité. Ces règles sont plutôt rares et ne s'appliquent que par l'intermédiaire de la règle de conflit.

En général, les règles matérielles ou substantielles de droit international ne se sont développées que dans les matières concernant le commerce international. Elles contribuent à l'essor de la *lex mercatoria* mais ne mettent pas en question l'approche traditionnelle. Cet essor est souhaité par ceux qui s'opposent à l'emprise du droit étatique et qui veulent lui substituer un droit matériel ou substantiel du commerce international.

V. Les conventions internationales de droit international privé

Depuis plus d'un siècle, on assiste à une augmentation énorme du nombre des conventions internationales destinées à uniformiser les règles de droit international privé qui sont surtout l'œuvre de la Conférence de la Haye de droit international privé et de l'Union européenne. Nous nous contenterons de citer ici à titre d'exemple, la Convention de Varsovie de 1929²¹⁵ dans le domaine du droit aérien, la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères,²¹⁶ la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Convention de La Haye de 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, la Convention de La Haye de 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents d'automobile, la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux,²¹⁷ et la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.²¹⁸

À l'échelon mondial on est encore loin d'une unification complète des règles de droit international privé par voie conventionnelle. En l'absence d'une Cour internationale suprême qui, en appel, donne une interprétation uniforme des dispositions de ces conventions, une véritable unification sera toujours illusoire.

VI. La reconnaissance. Une approche limitée. L'approche de la reconnaissance des actes juridiques étrangers.

Cette approche a pour caractéristique de se passer d'une règle de conflit. Il s'agit de reconnaître et de donner effet à un acte juridique étranger qui a été constaté par l'autorité pu-

blique étrangère du lieu où il a été passé, ce qui le rend exécutoire au lieu d'origine même s'il n'a pas donné lieu à une décision de justice dans ce lieu. Ainsi, la validité et les effets de cet acte juridique ne sont pas soumis à la règle de conflit applicable aux décisions étrangères du lieu où ils sont invoqués. Cette approche à dimension unilatérale, basée sur les droits acquis, reconnaît l'efficacité d'une situation cristallisée par un organe non juridictionnel à laquelle la loi matérielle ou substantielle applicable attache des effets d'opposabilité.²¹⁹ La règle de conflit du for cède devant les droits acquis à l'étranger. C'est surtout dans le domaine de la reconnaissance de l'état des personnes que cette approche est utilisée. Par exemple, la validité d'un mariage entre homosexuels sera reconnue si ce mariage est conforme aux conditions de fond et de forme du lieu de célébration. La reconnaissance porte sur une situation configurée par des règles matérielles ou substantielles étrangères qui ne sont pas désignées par la règle de conflit du for. Il s'agit de continuité transfrontière de situations individuelles acquises selon l'ordre juridique étranger à la source qui est prioritaire. Cette approche n'a pas vocation universelle.

VII. Conclusion

Ce rapide examen des approches possibles pour solutionner les conflits de lois généralement axées sur les localisations fondamentales fait ressortir l'éventail restreint des solutions qui peuvent être envisagées par le législateur et les tribunaux. La considération des objectifs à atteindre, particulièrement la protection des espérances justifiées et raisonnables des parties en cause, la prévisibilité des résultats du litige, la justice dans chaque décision, le souci de l'uniformité des résultats lorsque plusieurs tribunaux peuvent être saisis d'un même litige de droit privé à caractère international, l'harmonie, la

coordination et le respect des systèmes juridiques en présence, servent à la fois l'intérêt des parties et celui de l'État et de la société internationale car ils corrigent les insuffisances du raisonnement inductif et d'une localisation trop objective des relations internationales de droit privé qui peuvent en résulter. Enfin, les règles de droit international privé doivent être simples et faciles à appliquer afin d'éviter la méfiance des justiciables et de promouvoir la justice. C'est pourquoi, dans un bon nombre de pays, le législateur a eu recours au système de choix multiple des facteurs de rattachement qui s'appliquent à telle ou telle catégorie juridique.

Cependant, si l'on doit rejeter le recours à des principes généraux pour rechercher dans chaque cas d'espèce la loi applicable selon l'approche conflictuelle traditionnelle, même modifiée, comme c'est toujours le cas dans la majorité des pays, il est essentiel de limiter la capacité des tribunaux à juger uniquement selon un sentiment d'équité. Il ne faut pas se lancer à bride abattue dans un impressionnisme juridique sous le couvert d'un réalisme juridique destiné à arriver à une solution juste dans les circonstances du litige. La théorie des conflits de lois ne doit pas devenir un procédé arbitraire entre les mains des tribunaux.

Les conventions internationales de droit international privé ne sont qu'une solution intermédiaire. Le seul moyen efficace de rendre compte de la spécificité des rapports internationaux est d'adopter un droit matériel ou substantiel appelé à les régir. On en est encore loin! Aujourd'hui, le droit international privé continue sa vocation à appréhender les rapports internationaux de droit privé quelque soit l'approche adoptée. Le pluralisme des approches dont l'approche conflictuelle traditionnelle demeure la toile de fond, renforce l'intérêt du droit international privé et nécessite une utilisation de plus en plus importante du droit comparé afin de sur-

monter les divergences d'interprétation même dans le cas de conventions internationales qui règlent un aspect du droit international privé.

Le subjectivisme judiciaire qui aboutit à la personnalisation des solutions pour atteindre un résultat sélectif peut s'avérer dangereux dans le domaine du commerce international où la prévisibilité des résultats est très importante. Comme je l'ai déjà indiqué, la proper law encourage les litiges, c'est pourquoi elle ne devrait pas devenir une règle générale. Son rôle doit être limité afin de corriger les excès de l'approche conflictuelle traditionnelle.²²⁰

Le recours au groupement des points de contact et aux intérêts gouvernementaux, la recherche du centre de gravité, le principe de proximité, qui sont les caractéristiques de l'impressionnisme juridique dont le but est de permettre d'atteindre une solution satisfaisante dans chaque litige pris individuellement abandonne totalement les conflits de lois à l'arbitraire du tribunal et ne devraient être utilisés que rarement. Il me semble donc que le législateur et les tribunaux devraient continuer à avoir recours à l'approche traditionnelle pour résoudre les conflits de lois en utilisant des rattachements alternatifs et une clause échappatoire. Cependant, ces techniques ne devraient jouer qu'un rôle restreint pour corriger une solution injuste. En fin de compte, il s'agit d'arriver à un compromis entre le sélectivisme et le substantivisme en utilisant une approche traditionnelle améliorée par des rattachements multiples et n'avoir recours au principe de proximité que pour corriger les excès de cette approche. C'est, comme nous venons de le voir, le cas du Québec, ce qui aboutit à une coopération accrue avec les autres États et répond aussi aux critiques adressées à l'approche traditionnelle sans avoir à bouleverser l'application du droit international privé et menacer sa survie car l'unification internationale du droit substantiel n'est pas encore pour demain.

Projections du juge national a l'extérieur de sa juridiction saisine effet de jugements dans des situations transnationales le refus d'agir du juge les dessaisissements volontaires ou la règle de forum non conveniens l'exemple de l'île Maurice

Monsieur Yeung Kam John YEUNG SIK YUEN, Juge en Chef de la Cour Suprême de l'île Maurice

L'auteur ne peut présenter son article sans faire une introduction historique de sa juridiction qui en est une de véritable carrefour de droit comparé.

L'histoire juridique de l'île Maurice découle de son histoire politique avec l'occupation par les puissances françaises et anglaises avant sa décolonisation en 1968. Son système de droit puise donc sa source dans le droit français comme dans le Common Law. L'île Maurice, jadis Isle de France, bascule dans l'Empire Britannique en 1810 après un peu plus de 100 ans d'occupation française. L'acte de capitulation de l'île aux Anglais suivant le Traité de Paris garantissait pourtant le maintien de trois privilèges à la population qui était en place : **les us et coutumes, les lois existantes** (donc françaises), **et la religion** (le catholicisme).

Le droit mauricien est donc fondé sur le droit français, avec ses codes qui étaient en place en 1810, mais aussi sur le Common Law britannique qui a été introduit dans des domaines assez spécifiques comme le droit administratif. L'influence du Common Law est expliquée du fait que, malgré les garanties du Traité de Paris, la présence, pendant plus de 150 ans, des Juges Anglais ait pu faire pencher la balance. Il faut ajouter à cela la décision du nouveau pouvoir colonial de réserver l'anglais comme unique langue du prétoire à partir du 16 juillet 1847.²²¹ En somme, si une démarcation approximative était exigée, on conclurait que le fondement du droit privé de l'île Maurice se retrouve dans le droit français et celui du droit public dans la common law anglaise.

L'indépendance en 1968 nous apporta une Constitution écrite qui proclama l'île Maurice comme un état souverain et démocratique où les droits civils et politiques existent et sont respectés.

L'histoire juridique de l'île Maurice qui est donc un amalgame des lois, peut, à ce titre, être qualifiée d'internationaliste. Elle peut être parfois confuse et incertaine car les approches des différents systèmes de droits formant partie du système mauricien sont parfois intrinsèquement opposées poussant à des résultats tout à fait contraires.²²²

Mais le souci du Juge Mauricien, exposé à tout un foisonnement de droits, reste celui de rendre justice. Il est simplement exposé à plusieurs courants de droits et à un large éventail de jurisprudences transnationales d'où il arrive à puiser la quintessence du droit mauricien. Tout comme Monsieur Jourdain qui ne sût qu'il parlait en prose, le Juge Mauricien est celui qui applique le droit comparé à toute heure sans s'en réaliser.

Il faut mentionner que dans la sphère du droit commercial il existe une coexistence des sociétés commerciales du type Code de Commerce Français et des "Companies" et "Partnerships" du type britannique. Le droit mauricien est donc au départ, un amalgame des droits français et anglais, quoique, pour les réformes des lois apportées plus récemment, le législateur mauricien ait puisé dans des principes venus d'ailleurs. Ainsi, le principe d'abus de droit qui existe dans l'article 17 du Code Civil du Québec a été adopté à l'île Maurice dans son article 16. Les nouvelles lois comme le "Companies Act 2001" et le "Insolvency Act 2009" sont d'inspiration néo-zélandaise. Ces lois ont été considérées plus modernes et aptes à servir les intérêts de l'île Maurice dans son positionnement comme jeune centre financier qui arrive à trouver un créneau de développement fondé sur des avantages de coût comparatif de la main-d'œuvre et d'une fiscalité légère pour gagner

une petite part de marché sur les 5000 milliards de dollars de capitaux qui franchissent les frontières des pays les plus nantis à la recherche de la rentabilité la plus élevée par rapport au retour sur l'investissement.²²³

Le sujet de cet article peut être traité en deux parties distinctes - la première, s'agissant des situations où le Juge National accepte de statuer sur le fond des situations transnationales mais impliquant aussi sa propre juridiction et, la seconde, où le Juge refuse d'agir et se désaisit volontairement d'un litige placé devant sa juridiction dans une situation donnée.

I. Projection du juge national à l'extérieur de sa juridiction - saisine et effet de jugements dans des situations transnationales

A. Principe de territorialité et nationalité

L'île Maurice est multiraciale, multiculturelle, multi-religieuse, multilingue. Par sa Constitution, elle est un état laïc consacrant la règle et la primauté du droit. Donc, la compétence de ses cours de justice est circonscrite par le concept de « nation-state » impliquant territorialité et nationalité comme critères de base pour toute saisine de juridiction.

Saisine

C'est ainsi que l'article 1 du Code Civil Mauricien prévoit que « Les lois sont exécutoires dans tout le territoire mauricien. »

Par contre, l'article 2 est moins formelle dans la mesure où il laisse sous entendre au droit privé une certaine liberté de circonscrire l'étendu de sa compétence:

"Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire."

Projections juridictionnelles

Ainsi donc, si en principe tout ce qui est transnational ne tomberait pas sous la juridiction du Juge national, en réalité il lui est permis selon l'espèce de se projeter hors de sa compétence conventionnelle. Le Code Civil Mauricien en fait le lui permet dans des situations assez spécifiques mais qu'il peut interpréter assez largement: le cas des étrangers ayant des liens mauriciens ou celui des décisions ayant des effets extraterritoriaux. Par exemple, Article 3 : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi mauricienne. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les mauriciens même résidant en pays étranger ».

Article 4 : « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

Article 13 : « L'étranger jouira à Maurice des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Mauriciens par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

L'objectif d'une saisine est donc non seulement de donner accès à la justice mais aussi de rendre la Justice. Le Juge mauricien se sert du Code Civil aussi bien que de la common law pour la faire.

B. Le Code civil : Accès à la justice

Il est intéressant de noter que l'article 4 du Code Civil Mauricien est le même que celui du Code civil français à une virgule près. Il dispose que: « Le Juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi, comme coupable de déni de justice. »

Le texte français contient effectivement une virgule après le mot « juger », ce qui n'est pas le cas dans le texte mauricien. Aucune décision d'une juridiction mauricienne sur l'article 4 du Code Civil n'est rapportée au titre qu'un juge aurait refusé de juger. La question reste posée si cette constatation ne repose sur un nombre de facteurs tels que la compétence des juges et magistrats mauriciens qui ont tous une formation légale, la coterie découlant de la proximité des gens de robe, ou alors le système hybride qui prévaut dans la loi mauricienne qui applique en parfaite symbiose le Code Civil et le Common Law.

En somme, donc, la règle de la compétence est de rendre la justice et de ne pas la refuser. Quant même, il est pertinent que le Juge prenne en ligne de compte l'Article 5 et 6 du Code Civil d'après quoi :

“Article 5 : Il est défendu aux juges de pronocer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

« Article 6 : On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

C. La Common Law : Accès à la justice

Le Code Civil n'est pas le seul texte dans notre droit qui dote le Juge mauricien de la faculté de rendre justice là où il le faut dans un contexte transnational. Le droit mauricien puise son droit où il le trouve que ce soit dans la doctrine ou la jurisprudence française, la common law ou les décisions des pays du Commonwealth, y compris le Canada.

On peut signaler ici l'existence au niveau procédural d'un choix qui est ouvert au Juge Mauricien et qui provient du Common Law, entre le

prononcé d'un « **non-suit** » et d'un « **dismissal** ». Cette liberté accordée au Juge lui permet de subjuguer le principe posé par l'article 4 du Code Civil dans une large mesure. Lorsqu'une demande est fondée dans son principe, mais que des éléments de preuve manqueraient au procès, le juge peut, au lieu de rejeter (*dismiss*) la demande, choisir de prononcer un « **non-suit** », un genre de non-lieu en matière civile. L'avantage du « **non-suit** » permet au demandeur d'agencer une nouvelle demande contrairement à un « **dismissal** » qui met fin à la demande. En effet, le principe de « *res judicata* » prohibe à la partie dont la demande a été rejetée (*dismissal*) d'initier une nouvelle procédure fondée sur les mêmes faits.

Il n'est donc pas permis, en principe, d'interjeter un appel suivant un « **non-suit** ». Par contre, il est loisible à un plaideur dont la demande s'est soldée par un « **non-suit** » de demander que le « **non-suit** » soit converti en « **dismissal** » afin de lui permettre de contester la décision devant la Cour d'Appel. Cette coexistence d'une procédure de « **non-suit** » découlant du Common Law dans notre système de droit substantiel français peut ainsi servir à tempérer la rigueur du droit français. En voulant éviter un déni de justice causé par un juge qui refuserait de statuer, l'article 4 du Code Civil pourrait effectivement être tributaire lui-même d'injustice. En pratique, le Juge prononcera un « **non-suit** » au lieu d'un « **dismissal** » dans des circonstances où le principe d'équité le requiert. Ainsi un demandeur qui se trouve soudainement lâché par son avocat par son absence au tribunal le jour du procès, une affaire qui est mal diligentée par des conseils inexpérimentés pourraient bénéficier d'un prononcé de « **non-suit** » au lieu d'un « **dismissal** » qui lui serait fatal.

D. L'internationalisation de la Justice

Une des séquelles de la globalisation est le phénomène de l'internationalisation de la jus-

stice. Bien des procès débordent le cadre purement national ou « paroissial » et le Juge National se trouve confronté de plus en plus à des situations qui ont des portées régionales sinon internationales qu'il doit gérer. Je ne cite ici que quelques textes de lois récents :

- a) *Civil Aviation (High Jacking and Other Offences)*,
- b) *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*,
- c) *International Arbitration Act*,
- d) *Extradition Act*,
- e) *Mutual Legal Assistance in Criminal and Related Matters Act*.

En matière procédurale, on citerait les lois suivantes :

- a) *Convention Abolishing the Requirements of Legalisation for Foreign Public Documents Act*,
- b) *Deposit of Powers of Attorney Act*,
- c) *Foreign Judgment Reciprocal Enforcement Act* ,
- d) *Investment Disputes (Enforcement of Awards)*,
- e) *Reciprocal Enforcement of Judgments Act*.

E. Jurisdiction par interprétation du juge

Pour ce qui est de l'interprétation des ces lois, on peut dire sans le risque de contradiction que les cours de justice mauriciennes n'hésitent pas à faire siennes les décisions d'autres juridictions démocratiques, surtout les décisions de la Cour Européenne de Justice et celles de la Cour Européenne des Droits de L'Homme. Sur les autres continents, on peut mentionner des instances comme la Cour Interaméricaine des Droits de L'Homme qui a un rayonnement sur les états membres de l'Organisation des États Américains (OEA), la Commission Africaine des

Droits de l'Homme et des Peuples et la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (2004), le Tribunal de la SADC (Communauté de Développement de l'Afrique Australe), le Tribunal de la COMESA (Marché Commun d'Afrique Orientale et Australe). Au niveau des Nations Unies, les décisions des divers comités mis en place pour faire respecter les différents Chartes ou Pactes Internationaux influent sinon sur la jurisprudence nationale ou locale, du moins sur la pensée juridique des Juges Nationaux.

Il est un fait que les pays signataires des conventions internationales sont tenus d'implémenter et de respecter les exigences des obligations s'y rapportant. L'applicabilité et le respect de ces exigences de facto imposent une responsabilité imminente au Juge National, s'il est saisi de trancher ou de se prononcer sur des litiges ayant trait au non-respect de ces conventions. Il est donc impératif pour le Juge National d'avoir l'encadrement, la formation et l'expérience nécessaires pour répondre à ces situations à caractère transnational.

Il est opportun de mentionner ici l'affaire *Shirin Aumeeruddy-Cziffra & 19 Autres Femmes Mauriciennes contre Maurice - Communication No. 35/1978*. Le Comité des Droits Humains a estimé que l'Immigration (Amendment) Act de 1977 et la Deportation (Amendment) Act de 1977 étaient discriminatoires dans leurs effets à l'égard des auteurs de la communication mariés à des ressortissants étrangers et que les dispositions des deux lois ont entraîné, par conséquent, des violations des articles 2 par. 1, 3 et 26 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques. Le Comité ayant exprimé l'avis que Maurice, en tant qu'État partie au Pacte, devrait adapter les dispositions de ces lois afin de remédier à la situation, les deux lois furent modifiées en 1983 (Loi No. 5 et Loi No. 6) afin d'éliminer les effets discriminatoires de ces lois pour des raisons de sexe. Il faut sa-

luer ici la décision du législateur Mauricien vu que le Pacte International, quoique souscrit par Maurice, n'a pas force de loi sur son territoire, Maurice suivant le régime du dualisme. Il est vrai que les principaux articles du Pacte se trouvent aussi dans la Constitution de l'île Maurice de 1968 et qu'à ce titre, tous ces droits humains sont protégés par la Constitution. La particularité mauricienne veut qu'en 1978, date de la communication *Aumeeruddy-Cziffra*, l'article de la Constitution ayant trait à la non-discrimination ne mentionnait pas le sexe comme une discrimination proscrite.

F. *Acceptation de saisine*

En principe, le Juge qui est saisi d'un procès ayant des incidences transnationales doit accepter la saisine du moment qu'existent des éléments suffisants se rattachant à sa juridiction. Une illustration intéressante est l'affaire **Shand v. Peninsular & Oriental (P & O) Steam Navigation Co. 1836 MR 6**. Cette ancienne décision de la Cour Suprême de l'île Maurice évoque un intéressant problème de droit international privé.

Le plaignant, l'honorable Farquhar Shand, était alors Juge en Chef de l'île Maurice. Nommé à ce poste en octobre 1860, l'honorable Shand et sa famille embarquèrent à Southampton à destination de l'île Maurice. Un des 21 colis n'arriva pas à destination. Le ticket de voyage contenait une clause d'exonération de responsabilité du transporteur et celui-ci déclina toute responsabilité.

Dans sa demande devant la Cour Suprême de l'île Maurice, l'honorable Shand avança que :

- I. *le contrat, dont l'exécution avait commencé en Angleterre devait être complétée à l'île Maurice. Ainsi, il était régi par la loi de l'île Maurice, c.-à-d. le droit français;*
- II. *la clause d'exonération contenue dans le*

ticket était nulle et non-avenue car elle allait à l'encontre du principe de l'article 103 du Code de Commerce Mauricien (Français) qui stipule que " le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors le cas de la force majeure ";

III. le même principe est articulé dans le Code Civil concernant la responsabilité du voiturier pour la perte et les avaries des choses qui leur sont confiées²²⁴ ;

IV. toute déclaration du voiturier de ne pas vouloir garantir la livraison ou la conservation des choses confiées est nulle parce que « nul ne peut stipuler qu'il ne répondra pas de ses fautes²²⁵ »

V. il ne suffisait pas d'alléguer l'excuse de la force majeure; la présomption était toujours en faveur de la responsabilité, et la force majeure n'est qu'une exception que le voiturier doit prouver.

Le défendeur avait à l'origine plaidé que la Cour Mauricienne n'avait point juridiction et que le contrat entre les parties était régi par le droit anglais et que la juridiction appropriée était la juridiction anglaise. Par la suite, le défendeur n'insista pas sur sa défense préliminaire et accepta de plaider sur le fond. Le défendeur avait campé sur sa position que, suivant l'article 1134, «**les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites** » et que la juridiction mauricienne, quoique saisie, devrait appliquer le droit anglais régissant le contrat passé en Angleterre. La Cour Suprême donna gain de cause au demandeur mais le défendeur, P & O, fit appel au Conseil Privé.

P & O est mieux connu comme propriétaire du Titanic. Mais c'est la position de l'honorable Shand qui fit naufrage à Londres. Dans le procès en appel à Londres²²⁶, le Conseil Privé décida que le contrat était bel et bien régi par la loi anglaise car il était passé en Angleterre et que les parties avaient clairement l'intention que le contrat soit régi par la loi anglaise. Le prin-

cipe "**lex loci contractus**" devrait donc s'appliquer. Il était incontestable qu'il était permmissible aux voituriers sous le **Common Law** de formuler des contrats spéciaux qui limiteraient, voire exonèreraient leur responsabilité. Quoique l'affaire **Shand** ne concerne pas véritablement une situation transnationale, le Privy Council étant techniquement la Cour d'Appel finale mauricienne, les faits découlant de l'affaire peuvent être transposés sans difficulté comme issus d'une telle situation.

Le Juge National est aussi appelé à se projeter, dans un certain sens, à l'extérieur de sa juridiction dans des situations données. S'agissant de certains crimes particulièrement honnis (génocides, crimes contre l'humanité, etc.) où le Tribunal Pénal International a juridiction en vertu du Statut de Rome, des tribunaux de certains États ont aussi assumé juridiction à l'échelle nationale du moment que les prévenus se trouvaient devant leur juridiction. Il en est de même pour des délits de piraterie commis en haute mer où les tribunaux de certains pays comme le Kenya et les Seychelles ont accepté de juger des prévenus capturés en haute mer lors de leurs forfaits par des puissances qui ne sont pas nécessairement riveraines.

Aussi, les tribunaux des États signataires de la « Convention Internationale pour la Répression du Financement du Terrorisme » sont nécessairement impliqués, dans leurs décisions, à dépasser le cadre national. Si le financement du terrorisme est reconnu comme un crime par la loi nationale d'un État signataire imbriquant les termes de la Convention, toute condamnation peut emmener au gel et à la confiscation des avoirs des terroristes. De plus, l'auteur du crime est aussi susceptible d'extradition vers un autre pays signataire de la Convention. Les exemples précités sont loin d'être exhaustifs.

C'est ainsi que la Prevention of Terrorism Act 2002 non seulement vise à incorporer dans notre loi les provisions de la Convention Interna-

tionale contre le terrorisme mais aussi crée une juridiction extraterritoriale pour le terrorisme. L'article 30 de cette loi se lit ainsi :

“30. Extra-territorial jurisdiction

A Mauritian Court shall have jurisdiction to try an offence and inflict the penalties specified in this Act where the act constituting the offence under sections 3, 4, 5, 6, 7, 12, and 15, has been done or completed outside Mauritius and

- a) the victim is a citizen of the Republic of Mauritius or has an effective link with Mauritius or is dealing with or on behalf of the Government of Mauritius;*
- b) the alleged offender is in Mauritius; or*
- c) the alleged offender is in Mauritius, and Mauritius does not extradite him.”*

De la même façon, la « Prevention of Terrorism (International Obligations) Act 2008 » incorpore directement quelques Conventions internationales dotant ainsi le juge mauricien d'une compétence extraterritoriale pour ce qui est du terrorisme international. Ce sont: (i) the Vienna Convention on the Physical Protection of Nuclear Material 1980; (ii) the Montreal Convention on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Detection 1991 and (iii) the New York International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism 2005. D'après l'article 3 de la loi mauricienne de 2008, ces Conventions ont force de loi à Maurice.

“3. Conventions to have force of law in Mauritius

Notwithstanding any other enactment, the Conventions shall have force of law in Mauritius.

Any word in this Act which is defined in one of the Conventions shall have the same meaning as in that Convention.”

G. Exequatur

Pour ce qui est de l'exécution des décisions d'une juridiction à l'autre, il existe le procédé de l'exequatur qui part du principe qu'une décision d'une juridiction étrangère en matière civile peut être reconnue et rendue exécutoire sur le ressort national sur la base de réciprocité. A Maurice, suivant la Loi 35 de 1961, **Foreign Judgments** (Reciprocal Enforcement) Act, qui fut amendé par la Loi 48 de 1991, il incombe au Président de la République d'identifier les États qui offriront cette réciprocité. Il s'agit par la suite pour la partie détentrice d'un jugement d'une juridiction étrangère qui lui est favorable de formuler une demande d'enregistrement au Greffe de la Cour Suprême.

H. Reciprocal Enforcement Judgment Act

L'article 6(1)(a)(v) permet toutefois qu'un jugement d'une juridiction étrangère, quoique enregistré préalablement, soit annulé lorsque le défendeur arrive à établir que l'exécution du jugement va à l'encontre de l'ordre public (public policy) de l'île Maurice. Cette loi est greffée sur une autre loi plus ancienne, notamment le **Reciprocal Enforcement of Judgment Act** de 1923 - loi de l'époque coloniale - qui stipule qu'un jugement obtenu au Royaume Uni pouvait être exécuté à l'île Maurice et vice versa.

Il est à noter que l'article 546 du Code de Procédure Civile de l'île Maurice qui a été hérité de l'époque coloniale française (1715 - 1810) est toujours applicable. Il se lit toujours avec une aberration : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France, que de la manière et dans les cas prévus par les (anciens) articles 2123 et 2128 du Code Civil. »

Il s'agit de lire « à l'île Maurice » au lieu de « en

France » dans le texte cité. Ce texte toutefois permettait à la juridiction mauricienne de ratisser plus large que les provisions restrictives du «**Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act** » et du «**Reciprocal Enforcement Judgment Act** ».

Ainsi, une décision rendue par une juridiction étrangère prononçant le divorce par consentement mutuel peut être rendue exécutoire à l'île Maurice malgré le fait que le divorce par consentement mutuel ne soit pas reconnu par la législation nationale mauricienne. La Cour Suprême a statué que le divorce par consentement mutuel prononcé par la juridiction étrangère, n'était point contraire à l'ordre public mauricien ni aux bonnes mœurs et devrait être reconnu et rendu exécutoire à Maurice. - (Carrim v. Carrim 1976 MR 251). De même, un divorce prononcé par une juridiction étrangère « pour comportement déraisonnable » - (Lochun contre Lochun 1998 SCJ 40) sera rendu exécutoire malgré le fait que cette raison de divorce inconnu à Maurice soit considérée « vague » par la juridiction mauricienne.

Dans l'arrêt *Beegun v. Josgray*²⁶, la Cour Suprême a aussi statué, que « les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets à l'île Maurice indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf le cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les personnes ou de coercition sur les biens » rejoignant ainsi la position française.

Conclusion de la première partie

Il ne serait pas déraisonnable de conclure que, en ce qui concerne le principe de l'acceptation et l'exercice de compétence dans des affaires à caractère transnational, le juge mauricien est proactif et non réactif. Son souci principal serait de donner accès à la justice et de rendre la jus-

tice comme le requiert sa vocation sans pour autant violer les principes de base de la règle du droit. Ce sont les limites sur lesquelles nous allons nous pencher dans la deuxième partie.

II. Le refus d'agir du juge, les dessaisissements volontaires (la règle du forum non-conueniens)

D'après notre système démocratique qui repose sur le principe de la primauté du droit, toute compétence doit trouver sa source dans un texte de loi. La juridiction d'une cour de justice est d'ordre public.

L'Article 10 de notre Constitution insiste sur le fait que, afin qu'il y ait un «fair hearing» ou «un procès équitable», il est impératif que le tribunal soit «established by law.» Un juge mauricien donc déclinerait la saisine d'une affaire dans l'absence d'une loi qui lui conférerait le droit de s'en saisir. Et la constitution de forme de son audience et la matière de sa compétence doivent être conformes à la loi.

A. Forum Non-Conueniens

Dans le domaine de la compétence matérielle, la jurisprudence sur la règle du **Forum Non-Conueniens** [FNC] serait un aspect pour lui important à trancher. Cette règle permet aux Juges, dans les pays du Common Law de décliner leur compétence à l'égard d'un litige qui relève pourtant de leur pouvoir juridictionnel. Cette discrétion est appliqué du fait que le Juge estime qu'il est plus opportun que le litige soit tranché par un for étranger également compétent mais qui est mieux placé pour se prononcer.²²⁸

Dans son sens large, le terme "**forum non-conueniens**" qui est un terme latin pour "**for inapproprié**", inclurait non seulement le problème des juridictions concurrentes se situant dans des états différents mais aussi des juridictions concurrentes se situant dans le même état.

La Cour Suprême de l'île Maurice, par exemple, a juridiction pour toutes les affaires civiles, commerciales et pénales. Pourtant, en matière pénale, elle ne jugera que les crimes les plus sérieux qui sont déférés aux Assises, qui est la section pénale de la Cour Suprême. De même, pour les affaires civiles, elle n'écouterait que les réclamations dépassant un certain palier, laissant les juridictions inférieures (Cours de District et Cours Intermédiaires) le soin de juger les réclamations moins importantes.

Un des problèmes soulevé est le "shopping juridictionnel" afin d'obtenir un avantage sur son adversaire. L'agencement d'un procès devant une juridiction donnée est plus souvent une affaire de routine si tous les éléments de l'affaire se trouvent dans la juridiction territoriale de la Cour. Si une ou plusieurs parties résident dans un état autre que celui de la Cour, ou, si des éléments existent qui rendraient un autre for plus approprié, la question de juridiction devrait être résolue.

Parmi les éléments classiques qui peuvent influencer sur le for qui serait le plus approprié, on peut citer le domicile, le lieu habituel de résidence, la nationalité, le lieu où le contrat fut souscrit, où le délit a été commis, où l'obligation doit être exécuté, la juridiction choisie suivant le libre consentement des parties pour régler tout litige, etc.

Il semblerait qu'il y ait aussi des éléments subjectifs qui pourraient influencer sur la décision du Juge tels que le nombre des demandeurs qui devraient se déplacer ou le manque de moyens à apporter une réponse à toute action entamée devant le for étranger.

Ainsi, dans l'affaire **Lubbe contre Cape PLC**²²⁹, une société multinationale anglaise était mise en cause par des milliers de demandeurs d'Afrique du Sud, notamment des travailleurs ainsi que des conjoints et des enfants vivant à proximité des usines et qui se plaignaient de

graves troubles de santé, voire de décès, dû à leur exposition à l'amiante. Quoique la venue de ces nombreux demandeurs ferait pencher la balance juridictionnelle en faveur de l'Afrique du Sud, le manque de moyens en Afrique du Sud pour apporter une réponse à l'action entamée par les demandeurs constitue une raison déterminante pour refuser que la procédure commencée en Angleterre ne soit suspendue.

Il faut, toutefois, signaler la limitation réelle de cette doctrine de FNC en Angleterre suite à son adhésion à la Convention de Bruxelles. Ceci est apparent dans la décision de la Cour Européenne de Justice dans l'affaire **Owusu v/s Jackson et Autres**²³⁰. Mr Owusu, citoyen britannique habitant en Grande Bretagne, s'était grièvement blessé durant des vacances passés en Jamaïque. Il avait poursuivi Mons. Jackson, un ressortissant britannique qui lui avait loué sa villa en Jamaïque, et aussi plusieurs défendeurs jamaïcains. Mons. Jackson et trois des défendeurs jamaïcains avaient demandé à la Haute Cour de Sheffield de déclarer que la Cour devrait surseoir à juger vu que l'affaire avait des liens plus étroits avec la Jamaïque et que la juridiction jamaïcaine était la plus appropriée. La Cour Européenne de Justice fut éventuellement appelée à se prononcer sur la portée de l'article 2 de la Convention de Bruxelles quant à l'arrêt éventuel suivant le principe de FNC d'un procès entamé contre un défendeur domicilié dans un État partie à la Convention. La Cour Européenne décida que la Convention de Bruxelles prohibe qu'une Cour d'un État partie à la Convention de Bruxelles puisse décliner la juridiction conférée pour l'article 2 au motif qu'une Cour d'un État non-partie à la Convention aurait une juridiction plus appropriée.

La FNC qui est d'origine écossaise connaît toujours un essor considérable dans d'autres pays du Common Law. En Australie, la FNC a connu une variante. Dans deux décisions de 1988 et

1990²³¹, la Haute Cour australienne esquiva la formule du “for le plus approprié” pour adopter une formule bien à elle, notamment le “for clairement inapproprié”. Il est maintenant presque impossible pour un défendeur australien d’obtenir d’une Cour australienne l’application du FNC. D’ailleurs, dans une décision de 2002²³², la Haute Cour australienne, tout en confirmant la formule de “for clairement inapproprié”, déclara que même si une Cour australienne devrait appliquer une loi étrangère pour décider une affaire, elle ne serait pas “un for clairement inapproprié”.

L’approche des Cours canadiennes est plus classique. Le FNC sera appliqué quand un for autre que le for national est “clairement plus approprié”. Il découle de cette approche que, si les deux fors sont également appropriés, c’est le for national qui va prévaloir.

La convenance d’un for par rapport à un autre for se mesure par un test qui prend en compte de multiples éléments, tels que le rapport entre le demandeur et le for, le rapport entre le défendeur et le for, préjudice que subirait le défendeur devant le for choisi par le demandeur, préjudice que subirait le demandeur devant un for différent proposé par le défendeur, les implications pour les autres parties au procès, incluant les déplacements éventuels des témoins, les incidences de réciprocité et le standard d’adjudication du for étranger.

Hors les pays du Common Law, la règle du FNC n’a pas connu de percée véritable, les pays du Code Civil préférant le principe de litispendance. Dans ces pays, la règle de base du for approprié est celui de résidence habituelle du défendeur. Mais des exceptions existent et il est loisible pour les parties à un contrat d’arrêter un choix sur un for prédéterminé en cas de litige. Malgré l’approche différente, il y a en pratique souvent convergence entre la règle du FNC et celle de litispendance.

Lorsqu’un for constate qu’il y a un procès similaire déjà engagé devant un for différent [litispendance], le respect, sinon l’instinct institutionnel, dictera également l’application de la règle du FNC.

Ceci ressort clairement dans l’arrêt **Nawoor** contre **Nawoor 2001 MR 192**. Le demandeur avait insisté que sa demande de divorce soit prononcé par la juridiction Mauricienne quoique le divorce avait déjà été prononcé au bénéfice du défendeur dans une autre procédure entamée devant une Cour Britannique. Le motif avancé était que la demande mauricienne était antérieure à la demande britannique. Le Juge Mauricien refusa de statuer au motif qu’il n’était pas approprié d’assumer juridiction à la lumière du jugement britannique qui avait déjà dissous le mariage. Le Juge adopta la position française en droit international privé et cita avec approbation **Droit International Privé, Battifol, 6e édition, Tome II -**

« 739 - . Si nécessaire que soit la constatation qu’un jugement étranger ne saurait avoir force exécutoire en France sans octroi de l’exequatur, le droit positif n’a pu méconnaître le fait qu’un jugement étranger existe même quand il n’a pas reçu l’exequatur : l’indépendance des systèmes juridiques nationaux n’est que relative et ne peut faire abstraction de l’existence des autres systèmes, qui est la raison d’être du droit international privé ».

Un autre cas connu dans les annales du judiciaire Mauricien sur la règle du FNC est celui de **Jordan** contre **Jordan**. En fait, il s’agit d’une série de huit affaires qui occupèrent la juridiction mauricienne de 1999 à 2008. En parallèle avec ces huit affaires devant la juridiction mauricienne, il faut mentionner aussi des procès intentés aux États Unis pour l’une des parties.

Les faits saillants sont les suivants:-

Monsieur Jordan, ressortissant américain

épousa Madame, une Mauricienne, en 1993. Après le mariage, le couple vécut aux États Unis où deux enfants sont nés en 1997 et 1998. La famille Jordan vint à l'île Maurice en septembre 1998 pour des vacances. Monsieur Jordan retourna aux États Unis fin septembre et il était convenu que Madame et les enfants retourneraient après. Madame Jordan décida par la suite de rester à l'île Maurice car le mariage, d'après elle, avait échoué.

Le premier procès intenté, une demande d'injonction, fut logé par Madame le 22 janvier 1999 afin de prohiber que les enfants quittent l'île Maurice avec leur père qui était venu à l'île Maurice quelques jours plus tôt. Une demande connexe pour obtenir la garde des enfants fut logé le 3 février 1999 par Madame.

Monsieur Jordan plaida que la juridiction appropriée était celle de son pays mais le Juge mauricien trouva qu'il avait pleine juridiction vu que Madame Jordan était Mauricienne, que le mariage avait été célébré à Maurice et que les enfants avaient aussi la nationalité mauricienne. L'exception de FNC n'avait donc pas abouti.

En réplique, Monsieur Jordan fit une demande sous la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants" réclamant que les enfants étaient victimes d'enlèvement et devaient être retournés aux États Unis. Cette demande connut des rebondissements mais ne nous concerne pas.

Le 4 février 1999, la Cour Civile de la Caroline du Sud fut saisie d'une demande pour la garde des enfants par Monsieur Jordan. Suivirent aussi des demandes contradictoires de divorce devant la Juridiction Mauricienne et la Juridiction Américaine.

Les demandes de Madame pour une injonction et pour la garde des enfants devant la Juridiction Mauricienne furent accordées le 17 février 1999 mais Monsieur Jordan interjeta appel.

Le 22 mars 1999 la Cour de la Caroline du Sud accorda la garde des enfants à Monsieur - décision qui va directement à l'encontre de celle prononcée antérieurement par la Juridiction Mauricienne le 17 février 1999.

Le 8 mai, Monsieur réclame l'exécution du jugement étranger du 22 mars. Le Tribunal Mauricien statua que l'existence d'un jugement mauricien portant sur le même objet, entre les mêmes parties, faisait obstacle à la reconnaissance comme à l'exécution d'une décision étrangère qui allait en contresens. Le Tribunal cita avec approbation une décision de la Chambre civile française²³³ et procéda à la vérification de la régularité du jugement étranger, condition précédente avant d'accorder toute demande d'exequatur, notamment :

- la compétence du tribunal étranger ;
- la loi appliquée sur le fond ;
- le respect de l'ordre public au sens du droit international privé ;
- l'absence de fraude à la loi.

Le Tribunal Mauricien observa qu'à la lecture du jugement de son confrère Américain, il n'apparaissait pas que celui-ci avait été informé de la procédure entamée par Madame devant la juridiction mauricienne. Monsieur avait donc agi à l'encontre du principe de litispendance. Il ne pouvait donc faire du "shopping" juridictionnel en réclamant réparation devant une autre juridiction portant sur le même objet.

Aussi la décision du tribunal étranger allait à l'encontre de l'ordre public mauricien qui requiert dans l'art.261 de son Code civil que "la garde des enfants de moins de cinq ans doit toujours être attribuée à la mère sans réserve de circonstances exceptionnelles de nature à compromettre la sécurité de ceux-ci". Vu que le Tribunal Mauricien suit les règles du droit français s'agissant du droit international privé²³⁴, il

était contraire à l'ordre public mauricien d'exécuter un jugement étranger qui accorderait la garde des deux enfants de 3 et 2 ans au père tandis que des litiges étaient toujours pendants devant les juridictions mauriciennes. L'exequatur du jugement étranger pour la garde des enfants était donc refusé.

Par contre, le Juge mauricien refusa de statuer sur la demande de divorce de Madame vu qu'une demande similaire faite antérieurement par Monsieur avait été déjà prononcée en faveur de Monsieur par le for Américain.

Conclusion

Dans un monde qui se précipite vers la globalisation, les barrières des juridictions territoriales tombent à grands pas. Il est vraisemblable d'imaginer que dans les cours de demain, ni les affaires, ni les clients, ni leurs représentants ne seront de la localité.

La projection du Juge National à l'extérieur de sa juridiction et la saisine des jugements dans des situations transnationales deviennent de plus en plus une réalité quotidienne. Ce qu'il incombe au Juges de faire dans ce développement incontournable c'est de s'assurer qu'ils rendent la justice plus effective et moins contradictoire. Il ne s'agit pas de nationalisme béat ou, moins encore, d'activisme judiciaire. Dans cette nouvelle réalité, il incombe au Juge de s'assurer que les éléments se rattachant à sa juridiction existent. Il décidera alors s'il peut ou doit assumer juridiction dans des situations où existent également des éléments se rattachant à un for transnational. Une fois que les éléments sont réunis et pesés dans la balance, le Juge d'expérience saura sûrement s'il doit ou non traverser le Rubicon.

Accepter la saisine n'est que la première étape dans la démarche de rendre la justice. La deuxième serait de veiller à ce que la justice

une fois prononcée soit effective et sans risque de contradiction. C'est dans ce contexte que de telle règle comme le FNC qui s'apprécie clairement dans le milieu du Common Law où le Juge a un immense pouvoir discrétionnaire de dire et de prononcer ce qu'est la loi devient utile. C'est ainsi que tout le chapitre sur la responsabilité délictuelle en Angleterre a été créée par les Juges. Du moment que le prononcé du Common Law est imbu de bon sens et sert véritablement à rendre justice, tous les usagers devront s'en tirer à bon compte.

La greffe juridique en droit comparé

Maître Catherine VALCKE, professeure à la faculté de droit de l'Université de Toronto

Longtemps considérés comme l'archétype du phénomène national, le droit et la justice ont, au cours des dernières décennies, pris une forme résolument transnationale. Les initiatives d'uniformisation des droits nationaux se multiplient ; la désignation du droit étranger comme droit applicable dans le cadre de conventions privées est désormais pratique courante ; les tribunaux à juridiction internationale prolifèrent sans pour autant se désengorger ; l'arbitrage international n'a jamais été aussi prisé, par les gouvernements comme par les entreprises et les particuliers. Les transformations récentes subies par l'enseignement du droit dans tous les pays témoignent de façon particulièrement éloquent de cette tendance. Plusieurs cours de droit domestique sont maintenant enseignés dans une perspective de droit comparé ; un large éventail d'options à saveur internationale ou comparée s'offre aux étudiants ; les échanges d'étudiants ou de professeurs, les projets de recherche, les tribunaux-écoles, les conférences à dimension internationale abondent.

Les moyens par lesquels s'accomplit ce phénomène d'internationalisation varient dans leur

degré de formalité. Alors que la désignation par des parties privées d'un droit étranger comme droit applicable à leur convention contribue à cette internationalisation de façon spontanée (de la même façon qu'une pratique généralisée contribue à l'émergence d'une coutume), l'entérinement de cette désignation par un tribunal domestique y contribue de façon plus formelle. Plus formelle encore est la contribution judiciaire qui résulte du recours direct à la règle de droit étranger dans le cadre d'un litige par ailleurs strictement domestique. Le recours direct de fait a pour effet - à tout le moins dans les systèmes de common law - d'intégrer la règle étrangère au droit domestique, de sorte que cette règle fait dès lors partie d'au moins deux systèmes juridiques différents. Le droit prétorien étant formellement considéré source de droit en common law,²³⁵ le juge y détient en principe²³⁶ non seulement le pouvoir d'appliquer ou d'explicitier la règle de droit, mais également celui de la créer de toute pièce. Par conséquent, toute nouvelle règle énoncée par un juge au soutien de ses conclusions à un litige,²³⁷ peu importe la provenance ou le contenu de la règle en question, est de ce fait même automatiquement enchâssée dans le droit local. On assiste ainsi à ce que les juristes Anglo-Saxons qualifient de « greffe juridique »²³⁸ — par référence calculée à l'intervention chirurgicale ou botanique puisque la règle étrangère est littéralement « greffée » au droit local.

On pourrait cependant douter de ce que cette même expression demeure opportune lorsque transposée dans le cadre de systèmes juridiques de souche civiliste. Les classiques du droit comparé enseignent en effet que le juge civiliste, contrairement à son homologue de common law, n'est que la « bouche » de la loi, selon la célèbre expression de Montesquieu.²³⁹ C'est donc dire que le pouvoir du juge civiliste se limiterait à l'ap-

plication du droit ; il ne s'étendrait pas à sa création proprement dite. (À tout le moins, c'est ce que le dogme classique voudrait nous laisser croire.) Or, si le juge de droit civil ne fait qu'appliquer le droit, la règle de droit étranger ne peut intervenir, dans le jugement de droit civil, qu'à titre de source d'inspiration, d'inspiration quant à l'éventail des possibilités pour ce qui est de la façon d'appliquer telle ou telle autre règle de droit local. Si c'est le cas, il est plus difficile de parler de « greffe » proprement dite en droit civil ; il y aurait davantage lieu de parler de « suggestion », d'« illustration », ou en effet de seule « inspiration ».²⁴⁰

Mais au-delà des différences formelles, on peut difficilement nier qu'en droit civil comme en common law le recours au droit étranger, lorsqu'il est déployé, fait partie intégrante du raisonnement judiciaire : dans l'un et l'autre de ces deux systèmes, il constitue à tout le moins une raison, une justification permettant au juge de conclure comme il le fait. Or, il est possible d'affirmer que, dans tout système juridique quel qu'il soit, ce ne sont pas tant les conclusions apportées aux litiges que le raisonnement qui soutend ces conclusions qui constituent le droit. De toute évidence, on en appelle ici d'épineuses questions théoriques concernant les fondements du droit, lesquelles il n'est heureusement pas opportun d'approfondir ici. Profitant de l'adage selon lequel on ne saurait réinventer la roue chaque fois qu'on l'utilise, il sera donc simplement présumé, pour les fins de la présente contribution, que le raisonnement, l'argumentation participent de l'essentiel du droit, de l'essentiel de tout droit, qu'il soit civiliste, de common law, ou autre. Si c'est le cas, et si le recours au droit étranger s'intègre effectivement dans le raisonnement du juge, alors il y a lieu de décrire ce recours comme constituant une « greffe juridique » proprement dite, en droit civil comme en common law.

Tant en droit civil qu'en common law, donc, les juges ont de plus en plus souvent recours à ce que l'on peut proprement qualifier de « greffe juridique » lorsqu'il s'agit de régler des différends par ailleurs entièrement domestiques. Qui plus est, dans l'un et l'autre de ces deux systèmes, ce recours s'effectue d'habitude de façon plus ou moins automatique, sans beaucoup de réflexion sur les conséquences possibles de ce que la règle invoquée provient effectivement d'un système étranger. On pourrait difficilement reprocher aux juges ce peu de réflexion : le cadre judiciaire se prête mal à de telles élucubrations. Le cadre plus académique de la présente collection s'y prêtant mieux, c'est cette réflexion que nous nous proposons de poursuivre dans les lignes qui suivent. Plus précisément, nous nous proposons d'explorer, non pas sans un certain œil critique, ce que le droit comparé a à dire sur la question de la « greffe juridique » - sur la question de la possibilité et de l'opportunité de recourir à des règles, des institutions, des concepts de droit étranger dans le cadre de la résolution de litiges domestiques.

À prime abord, il importe de souligner qu'il serait faux de croire que le droit comparé chante ici à l'unisson. Comme toute discipline académique, celle-ci regroupe en fait plusieurs écoles de pensées. Les enseignements du droit comparé sur la question qui nous occupe, comme sur la plupart des questions, sont donc pluriels, souvent divergents, voire même à l'occasion contradictoires. Étant donné que pour comprendre réellement quoi que ce soit il est nécessaire de l'opposer à ce qu'il n'est pas, nous nous proposons ici de brosser un tableau général des différentes écoles de pensée du droit comparé en ce qui concerne la possibilité et surtout l'opportunité pour les juges de procéder à des greffes juridiques inter-juridictionnelles. Les contraintes d'espace étant ce qu'elles sont, ce tableau devra nécessairement demeurer très gé-

néral. Nous osons cependant espérer qu'il sera néanmoins utile, voire essentiel, dans la mesure où il permettra au lecteur de situer les différentes écoles les unes par rapport aux autres.

Dans un premier temps, donc, nous examinerons ce qu'il conviendra d'appeler l'école des « anti-greffes ». Nous passerons ensuite, dans un second temps, à l'école que nous appellerons, par souci bien cartésien de symétrie, celle des « pro-greffes ». Enfin, la troisième et dernière partie de notre exposé sera consacrée à un examen plus approfondi d'une école se situant à mi-chemin entre les deux premières, laquelle s'accommoderait sans doute de l'épithète « de la greffe modérée », mais sera plus judicieusement désignée « de la greffe prudente et parcimonieuse ». Il s'agira alors d'examiner, en particulier, la méthode comparative préconisée par cette dernière école - la méthode dite « fonctionnaliste » - et d'en recenser les nombreux bénéfices.

I. L'école des anti-greffes

Comme son vocable l'indique, l'école des anti-greffes, regroupe ceux qui s'opposent à toute forme de greffes, ou même de tentatives de greffes, entre juridictions. On pense ici à des auteurs tels que Pierre Legrand, connu principalement pour son ardente opposition au projet d'unification du droit privé européen.²⁴¹ Selon les anti-greffes, il serait vain de vouloir greffer du droit étranger sur le droit national parce que de telles greffes sont en fait impossibles - elles ne « prennent » pas ; le nouvel organe ne parvient pas à « s'enraciner » dans le nouveau corps - et il y a donc greffe en apparence seulement. Ou alors, si les greffes juridiques ne sont pas impossibles à proprement parler, à tout le moins sont-elles malsaines - le nouvel organe ne peut fonctionner convenablement au sein du nouveau corps ; il ne peut fonctionner en harmonie avec le reste du nouveau corps ; ou alors

son fonctionnement n'est tout simplement pas celui qui était escompté, qui était espéré, par les greffeurs.

Les anti-greffes dénoncent haut et fort, en particulier, les nombreuses initiatives des pays occidentaux pour aider certains pays d'Asie, d'Afrique, d'Amérique latine, ou de ce qui était à l'époque le Bloc de l'Est à se doter de nouvelles constitutions, de nouveaux codes civils, ou de nouveaux systèmes financiers, modelés sur les institutions occidentales correspondantes.²⁴² Et il est vrai que, trop souvent, ce genre d'initiatives, quoiqu'au départ fort bien intentionnées, se heurte au problème de la greffe qui ne « prend » pas.²⁴³ De nombreuses études rapportent en effet que de déraciner une constitution d'un cadre politique, administratif, et judiciaire particulier pour ensuite la transposer dans un cadre différent s'accompagne inévitablement de nombreux effets négatifs pour le cadre de destination. De même lorsqu'un code civil est transplanté d'une juridiction à une autre sans tenir compte des différences politiques, constitutionnelles, et surtout, culturelles et sociales entre les juridictions d'origine et de destination.²⁴⁴ Dans le même esprit, il serait pour le moins hasardeux d'implanter un nouveau système de réglementation du marché boursier - tel que des universitaires américains ont tenté de le faire dans certains pays de l'Est²⁴⁵—sans se soucier de ce que la nouvelle structure cadre ou non avec le droit privé déjà en place. (Quelle ne fut pas leur surprise de constater que le droit local en matière propriété, de souche civiliste, était en fait très différent du property law Anglo-Saxon !)

Une foule d'autres exemples pourraient ici être donnés—s'il faut en croire au moins un historien du droit, la plupart du droit existant aujourd'hui de par le monde entier proviendrait d'une quelconque forme de greffe juridique²⁴⁶. Un dernier exemple suffira néanmoins, celui-ci tiré du droit

privé. Il s'agit de la fiducie (« trust »), institution anglaise par excellence s'il en est une, mais que l'on a par ailleurs récemment entrepris d'intégrer au sein du droit civil des obligations, québécois et français. Quoique le stade de l'implantation formelle, législative, soit en grande partie complété, les débats sont loin d'être clos.²⁴⁷ Comme on le sait, ce n'est que lorsque les règles formelles sont mises en application que les problèmes commencent réellement à faire surface. Par conséquent, ce sont les juges qui sont au premier rang lorsqu'il s'agit d'observer, et surtout de démêler, les problèmes causés par les greffes hâtives ou irréfléchies. Il faudra donc un certain temps avant de pouvoir conclure si la fiducie « prendra », si elle pourra réellement fonctionner dans un cadre civiliste, qui ne connaît par ailleurs de la propriété que sa conception romaniste unitaire, bien loin de la typologie bipartite « Law » et « Equity » du droit anglais.

À l'occasion de chacune des instances de greffe juridique, donc, les anti-greffes se sont élevés pour manifester leur opposition, arguant de ce que la greffe en question était ou bien vaine, ou bien malséante. Mais les raisons évoquées au soutien de cette opposition, quant à elles, varient. Un premier groupe d'anti-greffes considère toute tentative de greffe juridique vouée à l'échec parce que le droit, en tant que phénomène essentiellement culturel, serait inséparable de son contexte culturel d'origine. Cette conception, qu'on pourrait appeler la conception « organique » du droit, s'apparente à celle de l'école romantique allemande, selon laquelle chaque société aurait une âme propre - la célèbre *Volksgeist* que Goethe et ses contemporains se sont acharnés à reconstruire, et dont le droit et la culture, entre autres phénomènes sociaux, ne seraient que le reflet.²⁴⁸ Que la greffe juridique puisse être honnie n'a, dans une telle conception du droit, rien de surprenant

puisqu'elle implique effectivement de déraciner la règle, l'institution juridique de son terreau culturel propre pour la replanter ailleurs : elle n'implique ni plus ni moins que de vider la règle, l'institution de son âme propre.

Un second groupe - les anti-greffes « rationalistes » - conçoit plutôt le droit comme étant en fait relativement autonome face à la culture. Le droit serait selon eux une création intellectuelle délibérée, le fruit d'une réflexion, d'une délibération rationnelle, menée par des individus intelligents et éclairés (à tout le moins en aspiration), capables de faire des choix libres, donc des choix qui ne sont pas automatiquement déterminés par, entre autres caractéristiques subjectives, leurs goûts, leurs intérêts particuliers, et leurs attaches culturelles. Selon cette conception plus individualiste, le droit, en tant que produit d'une délibération rationnelle, affiche donc un certain degré²⁴⁹ d'autonomie face à son contexte culturel. Il est également relativement cohérent, puisque les individus qui l'ont créé, étant eux-mêmes rationnels, n'ont pu le vouloir incohérent, souillé de contradictions internes. C'est donc dire que si le droit est calculé, intentionnel, rationnel, il est naturellement soumis aux règles qui s'appliquent à la raison elle-même, notamment, celle de l'indépendance intellectuelle, qui dicte le détachement de toute considération subjective contingente, et celle de la cohérence, qui proscriit toute contradiction interne.

De toute évidence, la conception rationnelle que nous venons de décrire, comme la conception organique décrite plus haut, relève de l'idéal : personne n'oserait prétendre que le droit puisse, dans les faits, reproduire parfaitement la *Volksgeist* de la société auquel il est rattaché, ou qu'il puisse, à l'opposé, être parfaitement rationnel, cohérent à l'interne, et libre de toute attache culturelle. Le débat a plutôt trait à la détermination de l'idéal vers lequel il doit tendre. Dans la conception organique,

le droit s'améliore dans la mesure où il se rapproche de son identité culturelle propre, alors que dans la conception rationnelle, il s'améliore en devenant davantage cohérent et davantage autonome face à son contexte socioculturel.

Mais en admettant même que le droit puisse être, tel que les rationalistes le soutiennent, cohérent et autonome en aspiration, il reste à déterminer pourquoi et en quoi la greffe juridique pourrait être considérée problématique dans une telle conception. Le problème se situerait cette fois au niveau du système receveur, en ce sens que ce ne serait pas tant le déracinement de la règle étrangère que son implantation dans le système local qui poserait problème. Plus particulièrement, le problème pour le système receveur serait que cette nouvelle implantation ne peut que bouleverser l'équilibre intellectuel préexistant, l'équilibre de cohérence (déjà passablement précaire) qui liait les divers éléments du système les uns aux autres avant l'implantation. C'est du moins ce que semble penser, entre autres anti-greffes notoires, le juge Scalia de la Cour suprême des États-Unis.²⁵¹ En somme, alors que le problème pour les anti-greffes d'allégeance culturelle est que la greffe implique de déraciner la règle étrangère de son système d'origine, pour les anti-greffes d'allégeance rationnelle, c'est l'effet perturbateur de la greffe sur l'équilibre intellectuel interne du système receveur qui dérange.

En bref, la première école de pensée du droit comparé en ce qui concerne la greffe juridique - l'école des anti-greffes - se divise en deux courants, soit, celui des culturalistes, selon lequel on ne peut ou ne doit détacher la règle de son contexte culturel propre, et celui des rationalistes, selon lequel on ne saurait incorporer une règle étrangère à un système de droit sans bouleverser l'équilibre interne de ce dernier.

II. L'école des pro-greffes

Se situant aux antipodes intellectuels de la première école, la seconde a pour porte-parole principal l'auteur américain Alan Watson, déjà évoqué.⁵⁰ Celui-ci n'a pas moins que mis sa carrière sur la thèse selon laquelle la greffe serait la première source de développement juridique à travers le monde. En effet, selon le Professeur Watson, le droit n'est autre qu'un tissu de greffes multiples, accumulées au fil du temps, qu'il revient au droit comparé d'identifier et de répertorier. Le recours au droit étranger ferait donc partie intégrante du développement juridique, en ce qu'il serait effectué par le législateur, certes, mais également par l'avocat, dans sa plaidoirie, et par le juge, dans son jugement. Et, corollairement, le comparatiste du droit serait d'abord et avant tout historien, puisque sa tâche principale serait de repérer et d'analyser les différentes greffes à l'origine du droit aujourd'hui en existence à travers le monde, d'identifier la source initiale de ces greffes et le moment exact de leur intervention, et de relater les divers ajustements qu'elles ont chaque fois provoqué au sein des systèmes receveurs.²⁵²

Tel que Watson l'explique lui-même,²⁵³ le point de mire de l'analyse pro-greffe est la règle ou l'institution de droit positif, conçue indépendamment de tout contexte autre qu'historique, donc de tout contexte géopolitique, culturel, social, ou même moral. De toute évidence, cette conception implique nécessairement qu'une telle distinction, entre le droit (positif) d'une part, et son contexte d'autre part, puisse au départ être établie. En effet, s'il n'était pas possible de distinguer le droit de son environnement culturel et social, si donc cet environnement devait être considéré comme faisant partie intégrante du droit lui-même, il ne serait tout simplement pas possible de transposer le droit d'une culture à une autre puisque la différence d'environnement

interviendrait comme un obstacle incontournable à une telle transposition. La possibilité d'une distinction droit/culture est donc nécessairement présupposée par l'analyse pro-greffe.

On ne se surprendra guère de ce que la thèse de Watson selon laquelle le droit n'est qu'un amalgame de greffes ait su s'attirer l'appui des positivistes convaincus. En effet, le positivisme présuppose lui aussi la possibilité de considérer la règle de droit en faisant abstraction des valeurs économiques, morales, et autres - qui la sous-tendent.²⁵⁴ Mais la thèse de Watson compte la plupart de ses adeptes parmi ceux qui, positivistes ou non,²⁵⁵ conçoivent le droit, les différents droits existant de par le monde, comme partageant un fondement philosophique universel. Pour certains, ce fondement universel est moral—c'est ce que préconisait l'école du droit naturel des XVIIe et XVIIIe siècles.²⁵⁶ Pour d'autres, ce fondement est plutôt prudentiel ou instrumental - c'est la position avancée, par exemple, par l'école plus contemporaine de l'analyse économique du droit.²⁵⁷ Plusieurs des initiatives de greffe juridique décrites ci-dessus - en particulier celle concernant l'implantation d'un système financier à l'américaine dans les pays du Bloc de l'Est - ont de fait été entreprises à l'aune de l'impératif de l'efficacité économique, présenté comme universel,²⁵⁸ alors que certaines autres - notamment en ce qui concerne l'unification du droit européen - sont le fait de certains grands penseurs de l'école (contemporaine) de droit naturel. On pense ici, entre autres, aux principes d'UNIDROIT²⁵⁹ et aux remarquables travaux de James Gordley²⁶⁰. En somme, s'il y a divergence d'opinion au sein des pro-greffes universalistes quant à la nature et au contenu du socle universel qui unit les systèmes de droit du monde entier, on semble être d'accord de ce qu'un tel socle à tout le moins existe.

Deux écoles de pensée radicalement opposées

l'une à l'autre, en somme : d'un côté les anti-greffes, qui soutiennent qu'il importe de préserver l'intégrité culturelle et/ou la cohérence intellectuelle de chaque système de droit, et que la greffe juridique contrevient à cet impératif. De l'autre, les pro-greffes, qui affirment au contraire que le droit n'est autre qu'une accumulation de greffes juridiques, avec pour résultat qu'on ne peut proscrire la greffe sans dénigrer la nature profonde du droit, et qu'il vaut dès lors mieux se concentrer sur l'analyse des ajustements qui doivent être apportés aux systèmes receveurs pour que les diverses greffes en cours puissent s'accomplir sans heurts. S'il n'est pas possible d'entraver le processus, autant travailler à le faciliter.

Entre ces deux extrêmes s'étale, on s'en doute, toute une panoplie de variations, de positions de compromis, qui empruntent à l'une et à l'autre de ces deux extrêmes quelques uns de leurs éléments caractéristiques. C'est l'une de ces positions intermédiaires que nous nous proposons de défendre dans la prochaine et dernière section de notre exposé.

III. L'école de la greffe prudente et parcimonieuse

Telle que nous la concevons, cette école enseigne qu'il est opportun de recourir à la greffe seulement de façon ponctuelle, lorsque les trois conditions suivantes sont établies : (1) le droit local est silencieux sur une question particulière ; (2) le droit étranger a une solution à offrir concernant cette même question ; et (3) il est possible de greffer la solution étrangère sur le système local sans y créer trop de remous, c'est-à-dire, sans enfreindre outre mesure à la logique juridique ou à la culture plus générale de ce système. Cette école intermédiaire partage donc le souci des anti-greffes en ce qui concerne l'importance de préserver l'intégrité

culturelle et/ou intellectuelle du système local. Le point de départ - et point de mire constant - de l'analyse n'est jamais autre que le système local : c'est seulement dans la mesure où il y aurait un manque à combler, une brèche à colmater dans le système local que la greffe est envisagée. Mais cette école diffère de celle des anti-greffes en ce qu'elle refuse de présumer que de colmater les brèches avec du droit étranger porte nécessairement atteinte à l'intégrité du système local : on se dit au contraire que le colmatage fait partie intégrante du travail quotidien des juges, et qu'il importe qu'ils puissent s'acquitter de cette tâche en s'inspirant de classiques littéraires, de sources spirituelles - bibliques, pourquoi pas ? - de droits étrangers, ou de quelque autre source ! L'important est que le matériau utilisé pour colmater la brèche soit adapté à celle-ci.

Le succès de l'entreprise dépend donc de ce que l'on puisse identifier, avec exactitude et précision, en l'occurrence au sein du droit étranger, un matériau approprié pour colmater la brèche locale. Or voilà précisément, à notre avis, le talon d'Achille de la greffe juridique : comment s'assurer que les règles de droit étranger qui s'offrent au juge - qu'elles aient été identifiées par les plaideurs, par le juge même, par son assistant de recherche, ou par un quelconque professeur d'université - sont adaptées à la brèche identifiée dans le système local ? Sur ce point, l'école de la greffe prudente et parcimonieuse rejoint l'école des pro-greffes, puisque la méthode qui est utilisée pour s'assurer d'une certaine correspondance entre la règle étrangère et la brèche locale est la méthode dite « fonctionnaliste », laquelle fut mise de l'avant par les célèbres comparatistes allemands Konrad Zweigert et Heinz Kötz²⁶¹ et effectivement vite adoptée par la grande majorité des pro-greffes.²⁶²

La méthode fonctionnaliste s'appuie d'abord et

avant tout sur une prise de conscience. L'expérience du droit comparé a en effet révélé qu'il est hasardeux d'utiliser un vocable ou un domaine du droit comme point de départ à une comparaison inter-juridictionnelle. De fait, les étiquettes attachées aux diverses règles, institutions, et notions de droit (« hypothèque », « proportionnalité », « fiducia », « liberté d'expression », « cause contractuelle ») et les classifications analytiques (« le droit des contrats », « le droit de la propriété », « la responsabilité civile », « le droit constitutionnel ») ne sont pas déterminées par une quelconque instance internationale, chargée de standardiser l'étiquetage et l'emballage d'un système à l'autre. Elles sont plutôt déterminées localement, par les acteurs juridiques en présence dans chaque système, avec pour résultat que la même étiquette ou catégorie peut désigner ou englober des institutions différentes - et qu'une étiquette ou catégorie différente peut désigner ou englober des institutions similaires - dans des systèmes juridiques différents.²⁶³ Par conséquent, il serait inopportun pour un juge qui chercherait à régler un problème, disons, contractuel de limiter son étude du droit étranger à ce qui est désigné comme « droit des obligations contractuelles » dans le système étranger, pour la simple et bonne raison que certaines institutions considérées comme « contractuelles » dans le système étranger pourraient très bien ne pas l'être dans le système local, et vice versa. Il est tout à fait possible qu'un même problème puisse être considéré « contractuel » dans un système et « délictuel » dans un autre, par exemple. En l'occurrence, il faudrait, pour obtenir une idée juste de la solution du droit étranger, étudier les règles de ce droit afférentes à la responsabilité civile en plus de celles afférentes au droit des obligations contractuelles. La seule considération du droit désigné comme contractuel dans le système étranger donnerait au juge une vision tronquée de la solution apportée au problème dans ce système.

Le génie de Zweigert et Kötz a été donc, d'abord de prendre conscience de ce problème, inhérent à toute étude comparative du droit, et ensuite de proposer une solution. Selon eux, ce n'est pas l'étiquette assignée aux règles, aux institutions, aux catégories du droit qui doit servir de point de départ à la comparaison - de tertium comparationis²⁶⁴ - mais bien plutôt la fonction desservie par ces étiquettes. En effet, si les étiquettes varient, les fonctions quant à elles demeurent constantes. C'est en tout cas ce qu'avancent Zweigert et Kötz.²⁶⁵ Le point de départ de toute comparaison doit donc être, non pas une règle ou un ensemble de règles, mais bien un problème particulier, une situation de fait, qui appelle au déploiement des règles juridiques pertinentes, quelles que puissent être leurs étiquettes et domaines d'appartenance, dans les divers systèmes de droit sous étude.

Par exemple, dans la mesure où on considère que tous les systèmes de droits font face à des problèmes de fraude dans la conclusion de contrats entre parties privées, et que tous se sont dotés de règles visant à contrer ce problème, le problème de la fraude contractuelle - ou la fonction correspondante, « limiter la fraude contractuelle » - serait un bon point de départ pour une comparaison éclairée et impartiale des systèmes de droit. On découvrirait alors que si, dans les systèmes de common law, on tente de limiter la fraude contractuelle en grande partie par l'entremise de la notion de « considération », selon laquelle seules les promesses bilatérales, les promesses données en échange d'une quelconque contrepartie, sont sanctionnées en droit,²⁶⁶ dans les systèmes civilistes on utilise davantage le droit de la preuve pour arriver au même résultat. De fait, les systèmes civilistes sont beaucoup moins récalcitrants à sanctionner les promesses unilatérales, données sans aucune contrepartie,²⁶⁷ mais ils requièrent par ailleurs que celles-ci soient notariées.²⁶⁸ Un

juge anglais qui aurait limité son étude du droit français en matière de fraude contractuelle à ce que ce système qualifie de « droit des contrats » (à l'exclusion de ce qui y est qualifié de « droit de la preuve ») aurait très bien pu conclure, erronément, que le droit français ne se préoccupe pas de questions de fraude dans la conclusion des contrats (voire même, que les contractants français n'adoptent jamais de comportements frauduleux !) D'une façon ou de l'autre, l'usage par le juge de la catégorie « droit des contrats » ou de l'institution « cause contractuelle » (ou « consideration » en common law anglaise), plutôt que de la fonction « limiter la fraude contractuelle », l'aurait amené à se méprendre sur l'état de la question dans le droit étranger.²⁶⁹

Quoiqu'une foule d'autres exemples du même ressort pourraient ici être donnés, un dernier suffira, lequel sera tiré du droit constitutionnel, plus précisément du droit en matière de liberté d'expression. On ne pourrait entreprendre de comparer, valablement, les différentes conceptions de la liberté d'expression de par le monde indépendamment des différentes conceptions du recours en diffamation, puisqu'on peut naturellement s'attendre à ce que l'étendue de la liberté d'expression soit inversement proportionnelle à l'étendue du recours en diffamation ! (Une étude statistique de la question serait nécessaire pour déterminer si cette attente s'avère dans les faits.) Une bonne compréhension du recours en violation de la liberté d'expression impliquerait naturellement que les deux recours soient étudiés en tandem en dépit du fait que ceux-ci appartiennent a priori à des domaines du droit très différents, notamment, le droit public et le droit privé. Ici encore, une situation de fait, mettant en cause une quelconque violation de liberté d'expression, ou la fonction y correspondant (« protéger ou baliser la liberté d'expression »), constituerait un bien

meilleur point de départ pour la comparaison que l'un ou l'autre des vocables « diffamation » ou « liberté d'expression », ou même que l'un ou l'autre des domaines « droit de la diffamation » ou « droit de la liberté d'expression », puisque ce point de départ mènerait naturellement à l'étude de toutes les règles pertinentes sur la question dans chaque système de droit peu importe leur étiquette ou leur domaine d'appartenance.

Enfin, il peut arriver que le recours à la fonction, plutôt qu'à l'étiquette ou au domaine du droit comme tertium comparationis, nous amène à transcender, non seulement les vocables et classifications juridiques locales, mais également le droit lui-même. Dans certains cas en effet, il arrive qu'une fonction particulière soit desservie par des instruments proprement juridiques dans une société mais que cette même fonction soit desservie par des instruments sociaux, politiques, ou culturels dans une autre société. Zweigert et Kötz donnent l'exemple de l'enregistrement des titres de propriétés, institution apparemment sinon inexistante en droit américain, à tout le moins bien plus limitée que ce qu'elle est en droit européen. Est-ce à dire que la société américaine a trouvé le moyen de fonctionner sans enregistrer ses titres de propriétés ? L'affirmative serait pour le moins surprenante. Et effectivement, la différence se situe plutôt en ce que, aux États-Unis, cette fonction est assumée en grande partie par le marché privé plutôt que par l'État : ce sont les compagnies d'assurances qui s'en chargent, avec pour corollaire que l'on s'en remet aux lois de la concurrence, plutôt qu'à la sanction étatique, pour garantir la fiabilité des données. Dans un tel cas, le recours à la fonction aura pour effet bénéfique de forcer le comparatiste à élargir le contexte d'étude, non seulement au-delà des vocables ou des domaines du droit, mais également au-delà du droit même, puisque c'est dès lors le rôle de

certains mécanismes économiques et sociaux qu'il conviendra d'explorer - un élargissement absolument essentiel si la comparaison doit demeurer équilibrée²⁷⁰.

Si les règles des différents systèmes de droit varient grandement, les fonctions qu'elles desservent se ressemblent souvent.²⁷¹ La fonction des règles de droit, davantage que leur étiquette ou leur domaine d'appartenance, constitue donc le filon à saisir lorsqu'il s'agit d'identifier la contrepartie étrangère d'une règle ou d'un ensemble de règles locales. Non seulement cette fonction permettra de faire le lien entre la brèche locale et le matériau étranger, mais elle permettra également de déterminer les risques que poserait un colmatage éventuel pour l'intégrité culturelle et l'équilibre interne du système local. En effet, la perspective fonctionnelle favorise une vision plus globale de la règle dans son contexte juridique et social, laquelle est essentielle afin d'évaluer les risques en question. La méthode fonctionnaliste paraît dès lors tout indiquée pour ce qui est de déterminer si les trois conditions établies par l'école de la greffe prudente et parcimonieuse—l'existence d'une brèche locale, l'existence d'une solution étrangère, et la possibilité d'un colmatage sans heurt intellectuel ou culturel substantiel - sont effectivement satisfaites. Elle rend ainsi possible une certaine conciliation entre les objectifs des pro-greffes et les objections des anti-greffes : il s'agit de greffer, certes, mais avec prudence et parcimonie.

La réception des décisions étrangères

Monsieur Fabrice Hourquebie, Professeur agrégé de droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, GRECCAP

À propos de la controverse sur le contrôle de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle, Georges Vedel avait clairement dénoncé la référence faite par une partie de la doctrine notamment à une décision de la Cour suprême d'Inde : « Il faut se défaire de l'idée que telle ou telle théorie, telle ou telle pratique adoptée par une Cour constitutionnelle étrangère dans une démocratie parfois juvénile s'impose comme le dernier cri de la mode féminine lancé dans les collections de printemps ».

Le recours au précédent étranger est certainement la manifestation la plus aboutie du dialogue transnational des juges et de l'ouverture (de la porosité diront certains) des systèmes juridiques. Bien connue en common law, car finalement plutôt consubstantielle à la tradition d'ouverture et à la culture judiciaire des droits ressortissants à cette famille notamment en raison d'un mode de production du droit essentiellement jurisprudentiel et donc, à ce titre, plus réceptif à la diversité des méthodes d'interprétation²⁷², son utilisation est plus récente dans les systèmes de droit continental davantage marqués par les identités nationales. De ce point de vue là, l'espace francophone est à la croisée des chemins et des cultures. Car le champ francophone est d'une part, et par nature, un espace de coexistence de droits nationaux issus, affiliés ou émancipés des deux grands modèles type. Et parce que, d'autre part, chacun des ordres juridiques nationaux est porteur d'un métissage d'autant plus complexe qu'adosé à un système de référence, il repose aussi sur des éléments de droit coutumier, musulman, autochtone etc.) Mais les risques ou blocages que peut induire cette diversité des droits et dans le droit sont à la mesure du défi de la

globalisation juridique qu'incarne, dans une certaine mesure, l'échange des arguments de droit étranger, et particulièrement de décisions de justice entre les juges nationaux. A ce titre, le mimétisme constitutionnel et le suivisme juridique (et judiciaire) sont autant d'écueils déjà bien connus en Francophonie que le processus de réception des décisions étrangères doit éviter. La (re)contextualisation de l'argument de droit jurisprudentiel étranger est de ce point de vue là indispensable (comme d'ailleurs dans le cadre de n'importe quel processus d'import/export juridique ou dès lors que la technique de l'emprunt est envisagée).

Quels sont donc les enjeux dans la recherche et la réception des précédents judiciaires ? Ce propos va tenter d'établir les principes directeurs d'une « bonne réception » des décisions étrangères.

I. Les raisons de la réception

Réceptionner les décisions des juridictions étrangères relève d'une double justification. D'abord sur le terrain de la légitimité du juge : à l'heure de la juris-globalisation (F. Hourquebie) il importe que les juges nationaux ne donnent pas le signal d'un isolement qui les conduirait à être en dehors du dialogue juridictionnel transnational émergent (A). Mais en dehors de cette vision systémique, le phénomène d'importation des décisions étrangères peut correspondre au souhait de diversifier les méthodes d'interprétation dont dispose le juge pour avoir une vue plus compréhensive du problème juridique posé (bien souvent sur le terrain des droits fondamentaux d'ailleurs) (B). Dans les deux cas, la solution jurisprudentielle devient la résultante d'un procédé d'énonciation concurrentielle, c'est-à-dire comparée, du sens de la norme.

A. Le recours aux précédents comme outil de légitimation

Les Cours qui font de la réception des décisions étrangères un moyen de légitimation tant de leur statut que de leur office peuvent se classer en deux grandes familles (qui parfois se recoupent d'ailleurs).

Première famille : celle des jeunes Cours suprêmes ou constitutionnelles ou les Cours en périodes de transition politique. Le contexte politique et juridique les oblige à rentrer dans une démarche de quête de légitimité et de reconnaissance internationale à travers la réception des décisions étrangères. L'objectif recherché est alors double : il tient tant au souci d'amarrer la Cour à un certain consensus de valeurs qui émerge dans la communauté internationale, qu'à une volonté d'intégrer la jurisprudence de la Cour dans l'environnement de celles des autres Cours suprêmes. L'importation des décisions étrangères permet ainsi de donner à la communauté internationale un gage d'ouverture réelle, mais aussi d'inscrire la nouvelle société en construction dans une logique de mise en conformité avec les exigences universelles en matière de suprématie (constitutionnelle) et de garantie des droits fondamentaux. Le droit jurisprudentiel étranger constitue, au moins au début, une sorte de « balise constitutionnelle », une matrice de principes de références, auréolés de la crédibilité internationale et parés des habits du constitutionnalisme moderne.

L'espace francophone fourmille d'exemples. Ainsi en allait-il des juridictions (notamment constitutionnelles) des pays d'Europe centrale et orientale dans le tournant des années quatre-vingt dix au moment de la rupture avec le régime communiste. Cela semble un peu moins avéré aujourd'hui, au vu des réponses au questionnaire de la République tchèque, de la Roumanie, de la Moldavie ou encore de la Pologne. Cela se vérifie en revanche toujours pour les juridictions de l'espace francophone

africain (Mali, Madagascar, Tchad...) surtout en période de sortie de crise et de reconstruction de l'État de droit.

Cette circonstance temporelle (transition, sortie de crise) induit clairement une réception des décisions étrangères plutôt lorsque le juge doit statuer sur des questions liées aux droits fondamentaux et aux libertés. C'est un point particulièrement typique des régimes de transition (la problématique francophone sur cette question permet de vérifier cette hypothèse). Car en dépit du potentiel légitimant que peut représenter l'invocation des droits de l'Homme, on s'aperçoit malgré tout que le concept est un concept vide ; il ne peut en effet reposer sur aucune définition du contenu de ces droits, dans la mesure où ceux-ci n'existaient pas sous le régime antérieur et où la jurisprudence et la pratique en la matière ne sont pas encore suffisantes. Donc si les droits de l'Homme sont « inhérents » au nouvel État de droit, ce caractère intrinsèque doit nécessairement conduire le juge à progressivement remplir ces « coquilles vides », de façon à définir ces droits et libertés non seulement de manière formelle mais aussi, et surtout, de manière substantielle ; les jurisprudences étrangères remplissent cet office.²⁷³

Deuxième grande famille : les Cours membres de systèmes d'intégration ou de coopérations régionales ; le recours aux précédents étrangers semble y être plus poussé. Plus qu'une faculté, la réception des décisions étrangères deviendrait presque une nécessité tant l'objectif de convergence juridique et jurisprudentielle est au cœur des processus d'harmonisation sectorielles par le droit. La notion de dialogue des juges prend tout son sens.

Ainsi, au sein de l'Union européenne, les Cours constitutionnelles qui ont à vérifier la constitutionnalité des traités d'intégration recherchent quasi systématiquement ce qui a pu être jugé antérieurement par une autre cour. Au sein de

l'espace francophone, il existe des espace régionaux et sous-régionaux de justice (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ; Union économique et monétaire ouest africaine, Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale notamment) qui sont autant de lieux d'échanges et de dialogue entre les juges des cours suprêmes, via différentes procédures (comme le renvoi préjudiciel) mais aussi, de manière plus informelle, via l'importation des décisions des juridictions des autres pays membres en vue de s'en inspirer pour aller vers un « droit commun ». Car les risques de tensions entre les cours nationales et les Cours communes (d'arbitrage pour l'OHADA par exemple) ne sont pas à écarter. Un de moyens pour les surmonter est de prendre en considération les solutions jurisprudentielles des Cours du même ensemble régional.²⁷⁴

Reste que pour les Cours installées, qui ne sont pas dans des contextes de ruptures de la démocratie ou de reconstruction de l'État, la fonction légitimante du recours aux précédents étrangers ne joue pas ; ou à tout le moins ne joue pas de la même façon. Elle cède la place à une fonction plus justificatrice du raisonnement du juge : la réception des décisions étrangères participe d'une méthode d'interprétation renouvelée.

B. Le recours aux précédents comme méthode d'interprétation

La réception des décisions étrangères peut s'analyser comme un processus interprétatif.²⁷⁵ Pour Häberle : La comparaison juridique devrait être considérée comme une cinquième méthode d'interprétation en plus des quatre méthodes décrites par Savigny en 1840 (grammaticale, logique historique et systématique). Et de poursuivre : « L'ouverture de contenu et de dimension des droits fondamentaux vers l'exté-

rieur sont la conséquence de l'évolution vers un État constitutionnel coopératif. Se crée alors une communauté des interprètes (...). La société ouverte des interprètes devient internationale, différenciée cependant en fonction des pactes régionaux (...) et de l'appartenance culturelle, par exemple dans l'espace européen ou latino-américain ou aussi africain (...) ».

Dans un sens opposé, le juge américain Scalia estime que les emprunts ne peuvent valoir qu'en matière d'élaboration de la constitution, et non pour l'interprétation des autres normes. Par cette position, il s'inscrit dans un courant interprétatif extrêmement peu favorable à des apports extérieurs. Ainsi « l'originalisme » (ou les intentions premières des Pères fondateurs) prône une interprétation au plus près du texte originel qui exclut la réception des précédents jurisprudentiels en tant qu'ils expriment une idéologie dynamique et ouverte²⁷⁶. Dans l'espace francophone, la Cour suprême du Canada peut fournir un excellent exemple de cette interprétation ouverte et dynamique du droit, notamment à travers l'exemple de la comparaison de la Charte des droits et libertés de 1982 au Bill of Rights de la constitution américaine. Marie-Claire Ponthoreau relevait qu'après avoir souligné le rôle pionnier des États-Unis en matière de protection des droits fondamentaux, la juge, Claire L'Heureux-Dubé, précisait : « Nous n'avons pas toujours suivi l'approche américaine. [...] Cependant, examiner et prendre en considération la jurisprudence américaine nous a permis de tirer profit d'une compétence en matière d'interprétation constitutionnelle acquise depuis deux cent ans ». Ce que confirme la réponse apportée au questionnaire et que nous relayons en partie ici avec les références jurisprudentielles précises auxquelles elle renvoie²⁷⁷. Plusieurs arrêts en matière de droits fondamentaux rendus depuis l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés en 1982 font expli-

citement référence aux traités internationaux ou à la jurisprudence internationale²⁷⁸, et ce, même si le texte en question n'est pas en vigueur au Canada. Dans l'arrêt Baker c. Canada²⁷⁹, la Cour a considéré la portée de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui avait été ratifiée par le Canada mais qui n'était pas en vigueur. Bien que la Cour ait reconnu que cette Convention n'avait aucune application directe au Canada, elle a souligné l'importance de son rôle dans l'interprétation du droit interne. La Cour a souligné en effet que « [l]es valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent [...] être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire » (par. 70). Également dans Mugesera c. Canada²⁸⁰, au par. 178, la Cour a déclaré que l'interprétation et l'application des dispositions du Code criminel canadien sur les crimes contre l'humanité devaient s'harmoniser avec le droit international. Dans son analyse, elle a ainsi tenu compte de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Enfin, puisque le texte de la Charte reflète celui d'autres instruments internationaux, la Cour s'est inspirée d'approches préconisées par la Commission et la Cour européenne des Droits de l'Homme pour développer le cadre analytique permettant aux tribunaux de déterminer, entre autres, si des violations à des droits garantis par la Charte sont « justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique²⁸¹ ». Le droit international se révèle ainsi source d'inspiration importante pour la Cour, du moins en matière de droit public. De surcroît le phénomène n'est pas nouveau : Miller et autre c. La Reine²⁸². Le droit étranger a aussi valeur heuristique et persuasive en droit privé, notamment en raison des origines de ce droit au Canada (le Code Napoléon pour le Québec et la common law d'Angleterre dans les autres pro-

vinces). Pour interpréter les dispositions du Code civil du Québec, par exemple, la Cour n'hésite pas à recourir aux théories civilistes développées par la doctrine française²⁸³. Il en est de même pour les concepts de common law - le célèbre arrêt *Donoghue v. Stevenson*²⁸⁴, par exemple, forme toujours la base du droit de la responsabilité civile dans ces provinces ».

Cette approche « moderne » de l'interprétation vaut aussi - au Canada - en matière constitutionnelle. La Cour a reconnu que l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la constitution canadienne est que cette dernière doit être comprise comme « un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne ».²⁸⁵

Dans les cas précédents, la réception des décisions étrangères a alors une vocation justificatrice du raisonnement judiciaire : se référer aux précédents permet de combler un vide juridique ou de surmonter une difficulté sérieuse. Les réponses au questionnaire le font clairement apparaître pour les Cours de l'espace africain francophone comme le Mali, le Tchad, le Sénégal, le Niger...

Le recours aux décisions étrangères comme méthode d'interprétation est d'ailleurs parfois formellement consacré dans certaines constitutions (qui n'appartiennent pas au monde francophone ; la tendance à l'institutionnalisation de cette méthode apparaît plutôt dans les constitutions irriguées en partie par la common law et son pragmatisme)²⁸⁶. Dans ce cas, la légitimité du recours à la solution étrangère ne se pose pas puisqu'elle est actée dans le texte fondamental.

L'exemple typique se trouve en Afrique du sud. La constitution intérimaire, dans sa section 35(1), et la constitution définitive dans sa section 39(1)(a),(b),(c), recommande aux juridictions d'interpréter les dispositions du Bill of

Rights en s'inspirant, au besoin, des principes du droit international public et du droit jurisprudentiel comparé. En soi, cette disposition est un bel exemple d'importation des valeurs du constitutionalisme occidental dans le texte fondamental sud-africain. Mais au-delà de la seule référence formelle, la section 35(1) est le canal principal par lequel les décisions des juridictions étrangères et les principes d'autres systèmes juridiques vont parvenir dans le droit sud-africain. La section 35(1) fixe moins une possibilité (« may have regard ») qu'une certaine impérativité, comme c'est le cas pour la référence au droit international public (« a court have regard »). Cette distinction préfigure bien celle, plus appuyée, de la section 39(1) de la constitution définitive, au terme de laquelle le juge sud-africain interprétant la charte constitutionnelle des droits devra tenir compte (ou prendre en considération) du droit international et pourra tenir compte (prendre en considération) les précédents jurisprudentiels et le droit positif étranger.

Cet argument du droit comparé est très fréquemment invoqué dans la décision du 6 juin 1995 *Makwanyane* sur la peine de mort²⁸⁷. Et il le sera encore très largement dans la décision du 9 juin 1995, *S. v. Williams and others*²⁸⁸, dans laquelle la Cour considère les châtiments corporels contraires aux sections 10 (dignité humaine) et 11 (traitement inhumains et dégradants) de la constitution.

Si le principe de la réception peut se justifier, la pertinence de la démarche repose également - et peut-être avant tout - sur la nature des choix opérés. Les modalités de la réception conditionnent alors largement la légitimité du recours.

II. Les modalités de la réception

Invoquer un précédent étranger repose, pour le juge, sur un travail d'importation qui ne peut laisser trop de place à la subjectivité. Si le re-

cours à la décision étrangère peut s'apparenter à une méthode d'interprétation, le processus qui conduit lui-même à sélectionner le précédent pour l'utiliser par la suite doit aussi répondre à un certain nombre d'exigences logiques. Aussi la réception des décisions étrangères s'inscrit-elle dans un système de contraintes qui doit permettre d'identifier le précédent significatif (A) dont l'autorité, bien que forcément variable, devra être la moins contestable (B).

A. Un précédent significatif

Quels sont les principes directeurs qui guident la recherche de précédents judiciaires et quelles sont les contraintes qui pèsent sur cette recherche ? C'est à ces questions que nous allons tenter d'apporter quelques éléments de réponse.

D'abord sur les principes directeurs de la recherche. Comment choisir le précédent significatif c'est-à-dire le plus apte à remplir sa vocation justificatrice dans l'élaboration de la décision judiciaire ? Ce n'est plus ici une question de légitimité (v. supra I-A) mais bien une question d'opportunité.

Plusieurs indices guident le juge dans son choix. L'argument culturel en est un. Le choix de réceptionner une décision de justice est lié à la culture judiciaire et est donc largement tributaire de l'appartenance à l'un ou l'autre des deux grands systèmes de droit. Ainsi les juridictions de common law s'inspirent plus facilement des précédents étrangers ; en droit continental, les spécificités juridiques et les identités nationales sont plus fortes et constituent autant de facteurs de résistance à l'importation. En découle un indice qui serait lié au style judiciaire : un style judiciaire discursif, narratif et analytique qui, bien souvent et de surcroît, autorise la pratique des opinions individuelles est davantage propice au recours au droit jurisprudentiel étranger car il permet d'objectiver le processus d'échange des

arguments et de révéler le sens des interprétations. La pratique corrobore ce constat car seules les cours pratiquant les opinions dissidentes ou/et concurrentes font référence de manière explicite et réitérée à « l'argument de droit comparé ». La proximité textuelle ensuite : le texte à interpréter est de même nature juridique ; ou le texte servant de référence à l'interprétation est similaire. La proximité contentieuse est un autre indice. Le cas soumis est-il identique à celui traité par une autre juridiction ? L'affaire est-elle similaire en fait et/ou en droit ? La réponse du Mali au questionnaire est, à ce titre éclairante : « Les juridictions nationales peuvent s'inspirer dans le processus décisionnel de l'État du droit dans d'autres pays de règles issues d'un droit étranger lorsqu'il y a identité de la question traitée et dans la mesure où le droit ou les règles issues d'un droit étranger, par la publication, font autorité ». La réponse du Tchad va dans le même sens : « Les juridictions nationales s'inspirent profondément de la jurisprudence étrangère en adoptant leur raisonnement juridique dans une affaire similaire dont elles ont la charge ». Il appartient bien, en tous cas, au « juge-importateur » de vérifier si le précédent étranger concerne un cas d'espèce ou est une solution de principe ; sa portée devra être en conséquence nuancée et son autorité dans le nouvel espace juridique potentiellement relativisée (v. infra II-B). Dernier indice, peut-être, mais non des moindres : l'appartenance à un ensemble régional qui forme une communauté de valeurs (OHADA, UEMOA notamment dans l'espace francophone ; mais aussi système de la convention européenne des droits de l'homme dans l'espace européen). La communauté de valeur peut se déduire aussi non pas de l'appartenance à un système d'intégration ou d'harmonisation régionale par le droit mais à une histoire commune. Cela est particulièrement vrai ici pour l'espace francophone. Les pays « de succession française » ont hérité d'un

même modèle historique de référence (v. les réponses données au questionnaire par le Mali, le Sénégal, le Niger, le Tchad...); c'est ce que Jean de Gaudusson a pu appeler le « paradigme de la dépendance ²⁸⁹» Le dialogue juridictionnel et jurisprudentiel nord sud qui s'ensuit n'a pas de symétrie. Il trouvera plutôt un écho dans un dialogue sud-sud au sein de l'espace francophone, c'est-à-dire à l'intérieur des sous-ensembles régionaux dans les systèmes de coopérations régionales ou sectorielles. Le problème qui découle de la multiplication de ces coopérations est alors le risque de chevauchements institutionnels et donc décisionnels. Alors n'est ce pas là remettre en cause l'idée même de dialogue si les arguments ne circulent que dans un sens ou de manière univoque ? Un des moyens de prévenir les risques de ce dialogue « à sens unique » peut résider dans la connaissance des décisions des cours « de la même famille », c'est-à-dire des cours nationales regroupées dans des ensembles infrarégionaux. L'appartenance à un de ces systèmes de coopération intégrée pèse donc de manière déterminante sur la réception des décisions des « cours sœurs ». La diversité juridique n'interdit pas les convergences jurisprudentielles dans certains secteurs du droit. Il en va de l'attractivité du droit et, partant, de sa performance.²⁹⁰

Un certain nombre de contraintes pèsent aussi sur la recherche. Le juge doit en être conscient et les intégrer dans sa démarche. D'abord la formation des juges. Il est facile de comprendre que juges formés aux États-Unis se tournent plus facilement vers la Cour suprême ; par opposition aux juges formés en Allemagne qui s'inspirent davantage du droit continental²⁹¹ c'est à la lumière de cet argument que l'on peut mesurer l'importance des programmes de coopération dans la formation des juges ; et les actions menées par la Délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'homme sur le terrain de

la coopération juridique et judiciaire vont tout à fait dans ce sens²⁹². Ensuite, et c'est le prolongement, la nécessité de formations spécialisées au droit étranger ou/et à la comparaison des droits. Cet axe est essentiel car il participe d'une ouverture sur l'extérieur²⁹³. En pratique, les juges des jeunes cours de l'est ont bien souvent été formés en Europe de l'ouest et s'en sont appropriés les valeurs. « Un juge ayant séjourné à l'étranger, formé au droit étranger et évoluant dans un milieu ouvert aux apports extérieurs sera probablement plus naturellement amené à examiner les solutions étrangères » et à introduire dans son raisonnement justificatif un tel argument²⁹⁴.

Derrière cette problématique de la formation et de l'ouverture aux droits étrangers c'est en réalité, par ricochet, la question de la traduction des décisions de justice qui est posée. Une décision exportable, c'est-à-dire utilisable, est une décision traduite. Beaucoup de Cours font déjà l'effort de la traduction (et un certain nombre de Cours suprêmes et constitutionnelles font apparaître sur leurs sites les « grands arrêts » ou « grandes décisions » traduites en plusieurs langues, dont avant tout l'anglais). Il convient de relever, là encore, l'importance des programmes d'appui de l'OIF à la traduction et à la mise en ligne. C'est ici un autre enjeu de l'aide à la diffusion du droit à travers la construction de bases de données des décisions (un exemple très réussi en francophonie est donné par la base de données jurisprudentielles JURICAF, <http://www.juricaf.org>), ou l'institutionnalisation d'un réseau francophone de diffusion du droit (RF2D, <http://www.rf2d.org>).

En toutes hypothèses, la réception des solutions étrangère repose, en dernière instance, sur une démarche finaliste. Il faut que le recours au précédent apporte une valeur ajoutée à la décision ; ce qui pose la question de l'autorité juridique du précédent étranger.

B. Une autorité variable

Quelle est l'incidence de la réception d'un précédent étranger ? A-t-elle une fonction essentiellement rhétorique ou une fonction véritablement argumentative ? En quoi des précédents pertinents peuvent-ils aider à l'élaboration de la décision nationale ? Ce qui induit, inévitablement et comme nous avons pu l'indiquer, des interrogations de fond sur les méthodes de raisonnement. En d'autres termes, jusqu'à quel point le juge national peut-il s'inspirer du précédent étranger ? Recourir à une décision étrangère est moyen de forger sa propre opinion mais nécessairement sous la réserve de la recontextualisation du précédent. Réfléchir à la force du précédent importé et donc à son autorité pose en filigrane la question de l'étendue de l'office du juge et de l'autonomie de son interprétation.

Didier Maus l'a bien montré²⁹⁵, plusieurs niveaux d'autorité sont à distinguer (qui dépendent aussi du moment au cours duquel l'appel au précédent étranger est fait). On en identifiera trois.

D'abord, premier palier d'effet, un effet informatif. Les décisions étrangères sont utilisées pour préparer la décision nationale à travers la constitution de dossiers documentaires, d'études de droit comparé etc. Mais le précédent n'est pas formellement cité dans la décision. Le recours à la décision étrangère se fait ici dans le processus d'élaboration de la décision en amont de la délibération. La Cour de cassation française est un exemple typique comme le montre la réponse fournie au questionnaire. « La Cour de cassation, en particulier la chambre criminelle et la chambre commerciale, sont susceptibles d'être intéressées par les décisions jurisprudentielles étrangères. Toute la difficulté consiste alors à réunir dans des délais acceptables les éléments d'information nécessaires. L'interlocuteur habituel est le service des affaires étrangères et internationales du ministère de la justice qui peut mobiliser les magistrats de liaison en

poste dans certaines capitales étrangères ou qui dispose déjà d'un certain nombre d'études de droit comparé. D'autres voies de recherches peuvent être utilisées, comme les instituts universitaires de droit comparé (avec le même problème de durée de traitement des affaires), ou les sites internet dont l'inconvénient majeur est la difficulté d'apprécier la portée des décisions disponibles, sans connaissance du système juridique dans lequel elles interviennent ». En d'autres termes, l'utilité pour la Cour de cassation des recherches de droit comparé reste relativement limitée : elle permet à la juridiction d'élargir le champ de sa réflexion mais ne peut être directement exploitable pour la solution des pourvois. Une pratique identique pourrait être identifiée au Conseil constitutionnel français à travers le travail de préparation des dossiers documentaires. au Conseil constitutionnel français (préparation de dossiers documentaires).²⁹⁶

Deuxième niveau d'autorité : le précédent a une autorité de persuasion (un effet persuasif). La Cour suprême du Canada fournit une bonne illustration. Il apparaît dans la réponse au questionnaire que « si les arrêts de la Cour suprême du Canada font voir une démarche interprétative ouverte au droit étranger²⁹⁷. A cet égard, Gianluca Gentili faisait référence à la notion de « cosmopolitisme juridique » développée par le juge La Forest pour justifier cet emprunt étranger et son autorité. Plus nuancé et prudent, le juge Wilson indiquait que « la Cour a toujours dit que même si elle peut bénéficier pour ses décisions de nature constitutionnelle de l'expérience des États-Unis et des autres pays, elle n'est d'aucune manière liée par leur expérience ou leur jurisprudence ».

Qu'est ce qui, alors, confère l'effet persuasif à un précédent judiciaire ? La réitération par les Cours d'une solution convergente induit-elle la valeur du précédent et partant justifie-t-elle son importation ? Ou doit-on estimer qu'il y a là une interprétation autonome ? De nouveau selon la

tradition juridique, la réponse varie. Mais c'est en tous cas c'est bien cet effet persuasif du précédent qui est le plus fréquent, car finalement le meilleur compromis entre l'effet simplement déclaratif et l'effet purement normatif, au moins pour les juridictions de common law ou de systèmes mixtes (voir la Cour suprême de l'Inde par exemple).

Par conséquent, troisième et dernier niveau d'autorité : l'autorité du précédent peut être contraignante. On est ici dans un contexte juridique bien particulier : celui des systèmes d'intégration ou de coopération. Une Cour nationale qui s'écarterait d'un précédent issu de la Cour « commune » (Cour européenne des droits de l'homme, Cour d'arbitrage pour l'OHADA, Cour interaméricaine ; Commonwealth etc.) prend le risque d'être censurée. Cette situation se distingue de l'effet simplement persuasif par le fait que le précédent judiciaire s'impose obligatoirement, il est subi ; alors que dans les autres hypothèses, la réception du précédent est choisie. Le dialogue transnational des juges laisse la place à un dialogue en réseau. Et la réception de la décision étrangère n'a dès lors plus la même signification. Elle est une conséquence mécanique de l'appartenance à un système intégré de coopération ; elle n'est plus en tous cas un acte de volonté lié à un processus interprétatif spécifique.

III. Conclusion

La réception des décisions étrangères interroge en tous cas du point de vue de ce que l'on pourrait appeler le « nationalisme constitutionnel ». Les juges sont toujours en tension et en équilibre. D'un côté, une juridiction qui ne s'ouvrirait pas sur l'extérieur via le droit comparé court le risque de l'isolement. Dans un système de « judicial globalization » c'est ici un véritable danger. Ainsi importer les décisions étrangères

permet de rendre visible aux yeux de tous le fait que je juge s'insère dans un dialogue institutionnel transnational. D'un autre côté, recourir à l'excès aux précédents étrangers peut aussi affaiblir le juge en mettant en cause l'authenticité de son interprétation aux yeux de l'opinion²⁹⁸.

Finalement la situation optimale est celle d'une culture constitutionnelle et judiciaire favorable aux apports extérieurs qui a en même temps conscience des limites de l'approche comparative et des difficultés méthodologiques et pratiques liées à l'importation des précédents étrangers.

Atelier III

La réception du droit international par les droits nationaux

Président de séance :

Monsieur Jean DU BOIS DE GAUDUSSON

*Professeur agrégé en droit public,
président honoraire de l'Agence
universitaire de la Francophonie*

Méthodes d'intégration du droit international en droits internes

*Madame Bérandère TAXIL, Professeur de
droit international à l'Université d'Angers,
Chercheur au CERDIN-Paris 1-Panthéon-
Sorbonne.*

La « méthode » est un « ensemble ordonné de manière **logique** de principes, de règles, d'étapes permettant de parvenir à un résultat »²⁹⁹ : en ce sens, il n'est pas certain que l'on puisse réellement identifier de méthodes cohérentes et catégorisées en matière d'intégration par les États du droit international dans leur propre système. La diversité et le pragmatisme règnent. En effet, le droit international n'impose aucune obligation (ni méthode) en la matière aux États, si ce n'est celle d'exécuter leurs engagements de bonne foi : celle-ci peut alors de fait conduire à l'insertion ou la transposition des normes internationales dans l'ordre juridique interne, notamment lorsque les individus sont concernés par la règle internationale. Cela étant, la grande diversité n'empêche nullement de parcourir les différentes techniques dites « d'intégration », destinées à faire produire des effets juridiques complets à une norme internationale dans un ordre juridique étatique. Pour cela, les étapes consistent à suivre le chemin de cette norme jusqu'à sa destination ultime : il ne suffit pas de constater que la ratification rend un traité obligatoire dans ses relations réci-

proques avec les autres États parties ; encore faut-il qu'il s'applique de manière réelle, effective, au sein de l'État, car tel est le résultat recherché par « l'intégration ». Celle-ci consiste en effet non seulement à faire entrer une norme (internationale) dans un ensemble (interne), mais également à lui donner pleinement effet. La sémantique illustre bien ce constat de la variété des choix étatiques, puisqu'il est courant d'utiliser de manière quasi-indifférente les termes d'intégration, incorporation, exécution, application, ou encore adaptation.

Une analyse complète de la question nécessite de cumuler au moins deux démarches méthodologiques, consistant à débiter le chemin aux côtés du droit international, puis à le poursuivre en droit interne. En premier lieu, il faut procéder à une étude par catégories de sources du droit international : traités, coutumes et actes unilatéraux internationaux ne sont pas incorporés selon les mêmes voies (on ne ratifie pas la coutume !). En second lieu, une intégration complète du droit international s'effectue en plusieurs étapes de franchissement de l'écran de la souveraineté étatique : la validité et la valeur de la norme internationale dépendent des choix constitutionnels, mais également de ceux du législateur, et enfin des juges.

D'abord, les règles constitutionnelles posent les options générales, présentées classiquement à travers l'opposition entre monisme et dualisme : cela sous-entend qu'il y aurait deux grandes méthodes. En réalité, non. Si les logiques de rapports de systèmes diffèrent, les effets du droit international peuvent finalement être semblables, qu'il s'agisse d'une simple « insertion » (méthode moniste) ou d'une « réception » avec adoption de mesures internes complémentaires (méthode dualiste). Ainsi, quelque soit le système, les autorités politiques (législatives, réglementaires, ou même administratives), interviennent ensuite pour promulguer, exécuter,

transposer, ou compléter, en bref pour rendre applicables les règles internationales. Enfin, le rôle du juge, en tant qu'autorité d'application du droit, ne doit pas être sous-estimé : il interprète le sens et la valeur du droit international, surtout dans l'hypothèse où les pouvoirs précédents ne sont pas intervenus. Son rôle d'intégration du droit international est d'autant plus important lorsqu'il appartient à une famille de common law.

Les méthodes d'intégration des normes internationales en droit interne contribuent-elles à l'internationalisation du droit interne de manière progressive ? La réponse est indéniablement positive : depuis le début des années 1990, au regard des règles comme des pratiques, les grandes évolutions des rapports de systèmes permettent de le constater. Ainsi, l'étude comparée des droits constitutionnels révèle une évolution frappante vers une prise en compte accrue du droit international. Les États disposent quasiment tous aujourd'hui de règles constitutionnelles déterminant la place de ce droit, avec davantage de précision qu'auparavant³⁰⁰ (I). Cependant, les résistances des États à la pression du droit international persistent : la « nationalisation » du droit international, autrefois spécifique au dualisme, tend à se généraliser. Ainsi, quelle que soit la règle constitutionnelle, loin des doctrines systémiques, la pratique est à la retranscription législative du droit international, parfois de manière tardive et/ou partielle (II). En effet, le rôle du pouvoir législatif est de légitimer autant que légaliser une norme produite par des autorités extérieures. Dès lors, l'intégration du droit international relève bien plus de l'opportunité politique que de logiques juridiques. Enfin, l'effort judiciaire d'application et d'interprétation du droit international, plus ou moins contraint, illustre encore l'absence d'une véritable méthodologie, au profit d'une approche casuistique complexe mais probablement inévitable (III).

I. L'internationalisation croissante des principes directeurs : méthodes constitutionnelles d'intégration

Le vaste mouvement de réformes constitutionnelles depuis le début des années 1990 appartient pleinement à la mondialisation juridique : les frontières entre ordres juridiques nationaux et ordre international sont davantage perméables. Plusieurs facteurs l'expliquent : d'une part, la fin du bloc communiste et les transitions démocratiques (en Amérique Latine et en Europe de l'Est, surtout) ont entraîné une attitude plus réceptive de nombreux États à l'égard du droit international. D'autre part, les processus d'intégration régionale et l'apparition de nouvelles organisations internationales accentuent la présence de normes supranationales pesant sur le droit interne. Enfin, le nombre croissant de vastes conventions multilatérales ayant des effets sur les individus imposent des modifications internes conséquentes (que l'on songe à la Convention d'Ottawa sur les mines anti-personnel en 1997, ou au traité établissant la Cour pénale internationale (CPI) en 1998, ou encore la Convention sur les disparitions forcées en 2006).

Deux constats peuvent être effectués à la lecture des constitutions révisées : celui d'une immense disparité des méthodes constitutionnelles d'intégration du droit international (A), mais aussi celui d'une plus grande précision (B).

A. Disparité des méthodes selon les sources de droit international

Les règles constitutionnelles déterminent tant la validité interne que la valeur hiérarchique des différentes normes internationales. Elles font une large part aux traités, compte tenu des exigences habituelles de ratification (1). La coutume est plus souvent négligée, surtout par les États de tradition civiliste privilégiant le droit écrit (2). Quant aux actes unilatéraux internatio-

naux, leur mention dans les textes fondamentaux commence à apparaître de manière plus significative (3).

1. Insertion ou réception des traités : monisme et dualisme

Au stade de cette première étape constitutionnelle, il faut distinguer les systèmes monistes et dualistes.

Dans les premiers, la méthode est celle de l'insertion dite « automatique » : plusieurs modalités formelles existent, tenant compte de la répartition interne des compétences internationales. Ici, les clauses constitutionnelles courantes affirment que le droit international appartient à l'ordre juridique interne et lui confèrent souvent une primauté, relative, avec un rang généralement supra-légal. Ces deux mentions peuvent figurer de manière implicite dans un seul article, ou plus expressément dans plusieurs articles constitutionnels. Les modalités procédurales, quant à elle, impliquent la ratification ou signature du traité par les autorités politiques compétentes, puis sa publication : alors, le traité devient valide et opposable aux autorités dans l'ordre juridique interne³⁰¹. La ratification des traités les plus importants doit souvent être autorisée par le pouvoir législatif, comme en France³⁰². Plus récemment, une tendance (encore rare) est à la précision des conditions d'application des traités : certaines constitutions affirment une présomption d'applicabilité directe des traités et/ou confèrent compétence aux juges nationaux pour connaître des réclamations fondées sur des traités³⁰³.

Dans les systèmes dualistes, en revanche, la technique employée est celle de la réception, terme employé par la doctrine depuis Anzilotti. Elle implique l'adoption de mesures internes d'exécution, voire de transformation, du traité³⁰⁴. En l'absence de procédure simplifiée

d'insertion automatique, plusieurs techniques d'intégration du traité coexistent, selon les cas. On distingue alors l'engagement international de l'État (par la ratification) et la validité interne du traité, qui lui est généralement conférée par le pouvoir législatif. Le traité ne produit pas d'effets internes avant d'avoir été repris par une loi. Les clauses constitutionnelles dualistes relatives aux traités sont, la plupart du temps, sommaires et peu claires. Il peut être mentionné que les traités entrent en vigueur par le biais d'un acte législatif ou réglementaire, sans préciser quel est l'objet et le contenu de la règle interne³⁰⁵. Beaucoup plus rarement, il peut être clairement énoncé qu'aucun accord international ne fait partie du droit interne sans intervention parlementaire³⁰⁶. Dans tous les cas, l'organe législatif doit donner son aval démocratique à un traité conclu par le pouvoir exécutif. Si ce n'est lors de la ratification du traité, ce sera lors de son incorporation au droit interne³⁰⁷. Cela conduit à distinguer autorisation de ratification et approbation interne du traité. Les textes constitutionnels ne précisant alors pas quel doit être le contenu de la loi ou des « mesures de mise en œuvre nécessaires »³⁰⁸, c'est au législateur que revient le soin de préciser les différentes techniques.

Par ailleurs, on peut constater que de nombreux États pratiquent les méthodes dualistes sans que la Constitution ne leur impose : dans des pays de tradition de common law, il revient souvent au juge de déterminer certaines règles fondamentales, dont la place du droit international, comme tel est le cas au Canada³⁰⁹. Il s'agit alors davantage d'une pratique constitutionnelle que d'une exigence textuelle.

La différence essentielle entre les deux types de techniques réside dans la valeur hiérarchique qui sera conférée au traité : lorsque celui-ci est intégré par la voie dualiste, il acquiert la valeur de l'acte interne de réception, le plus souvent une loi.

2. La coutume internationale dans les dispositions constitutionnelles

Le droit international non écrit fait l'objet d'un nombre réduit de méthodes constitutionnelles d'intégration, de par sa nature même. Aux côtés d'une immense majorité silencieuse (les pays de tradition écrite), on peut néanmoins relever quelques dispositions. La distinction entre monisme et dualisme est largement inopérante ici, dès lors que la coutume ne se prête guère aux techniques dualistes de transposition. Dès lors, de nombreux États adoptent une approche dualiste des traités, mais moniste à l'égard de la coutume (elle acquiert donc une validité automatique et peut parfois bénéficier d'une primauté relative) : tel est le cas pour l'Italie, ou l'Allemagne³¹⁰. En revanche, ici les oppositions entre pays de common law et de civil law sont pertinentes. En effet, la règle traditionnelle de common law affirmant que « international law is part of the law of our land » s'applique. Cependant, si de nombreux États s'engagent à respecter la coutume, sa place en droit interne est ambiguë. Néanmoins on peut distinguer trois attitudes générales à son égard, de la plus restrictive à la plus réceptive.

Le premier type de dispositions est aussi le plus elliptique : il consiste simplement en un engagement de principe à respecter les règles de droit international généralement reconnues dans les seules relations extérieures de l'État³¹¹. Cela n'implique pas sa validité interne.

Le second type de clauses n'est guère plus précis : il mentionne que l'ordre juridique interne se conforme aux règles de droit international général, sans indication quant à sa valeur (hiérarchique, surtout)³¹².

Certains États sont monistes à l'égard de toutes les sources de droit international et les assimilent : Portugal et Russie, par exemple³¹³. De nombreux États, parfois dualistes pour les trai-

tés, sont expressément monistes pour la coutume, et mentionnent sa validité automatique : tel est le cas en Autriche³¹⁴. Plus exceptionnellement, la Constitution prévoit même la primauté de la coutume : ainsi en va-t-il de l'Allemagne, de la Grèce³¹⁵. Les mêmes principes sont également pratiqués, même en l'absence de texte constitutionnel, dans un certain nombre d'autres États, comme au Canada.

3. Les actes unilatéraux internationaux dans les dispositions constitutionnelles

Source de droit international la plus récente, l'acte unilatéral n'est mentionné dans les constitutions que depuis le début des années 1990, sous l'influence conjuguée du droit dérivé des organisations internationales et des résolutions contraignantes du Conseil de sécurité de l'ONU. Rarement prévues, l'insertion et l'application de ce droit unilatéral sont plus que jamais marquées par le pragmatisme le plus total.

En Europe, on souligne fréquemment le caractère unique de la Constitution des Pays-Bas, non seulement en ce qu'elle envisage l'applicabilité directe des traités, mais aussi des actes unilatéraux internationaux³¹⁶. D'autres textes, d'inspiration plutôt moniste, assimilent largement les actes unilatéraux aux traités : ils ne sont pas ratifiés, bien sûr, mais insérés directement dans l'ordre interne, lorsque cela résulte de la logique de l'organisation internationale elle-même³¹⁷. En revanche, aucun texte dualiste n'envisage la situation interne des actes unilatéraux. Même la très moderne Constitution d'Afrique du Sud de 1996 les ignore, alors même qu'elle est très précise sur les traités³¹⁸.

Dès lors, pour cette source de droit international, ce n'est pas dans la norme constitutionnelle que se situe la réponse à la question de l'intégration, mais dans la pratique législative et judiciaire.

B. Précision accrue quant à la validité et la valeur du droit international

Au sein d'une même catégorie de source de droit international, il existe certaines distinctions dont tiennent parfois compte les États. Ainsi, les traités ne sont pas tous destinés à produire les mêmes effets en droit interne (1). De même, les actes de plus en plus nombreux qui émanent d'organisations régionales d'intégration possèdent une nature spécifique (2).

1. Particularités de certains traités

En premier lieu, les traités relatifs aux droits de l'homme bénéficient parfois d'un traitement constitutionnel particulier. C'est le cas dans plusieurs États d'Amérique latine, probablement sous l'influence de la Constitution espagnole. Ainsi, les règles relatives aux droits fondamentaux doivent être interprétées conformément aux accords internationaux portant sur les mêmes matières³¹⁹. La valeur supra-légale des traités peut n'être accordée qu'à cette catégorie³²⁰. Certains États confèrent même un rang para-constitutionnel à ces traités³²¹. Cette attitude fait parfois l'objet de critiques doctrinales. En effet, malgré l'ouverture importante et récente de ces États au droit international, la majorité des normes internationales conventionnelles est largement mésestimée. On peut alors déplorer une telle situation : "sur le plan politique, la place prestigieuse accordée aux traités sur les droits de l'homme dans les constitutions de certains États nouvellement démocratiques est justifiable et compréhensible...Cependant, les répercussions juridiques de cette idée politiquement méritoire sont hélas plutôt négatives" car elle entraîne une "dégradation relative de la position constitutionnelle des autres traités"³²².

En second lieu, plusieurs textes fondamentaux mentionnent les traités auto-exécutives, c'est-à-dire ne nécessitant pas de mesures nationales

d'application : seuls ceux-ci bénéficieront de la primauté sur la loi. Ici, la difficulté réside bien sur dans l'interprétation de ce caractère auto-exécutif, qui n'est jamais mentionné par le traité lui-même : c'est à la loi et aux juges que revient cette mission. Les trois acteurs de l'intégration du droit international, constituant, législateur, juge, doivent ainsi être associés.

2. Particularités du droit dérivé des organisations internationales régionales

On peut souligner les difficultés de certains systèmes dualistes face à l'accroissement quantitatif du nombre d'actes unilatéraux émanant d'organisations d'intégration, reposant sur une logique moniste de primauté et d'effet direct : l'Italie et Royaume-Uni, par exemple, ont connu plus de difficultés que d'autres États européens à s'adapter au droit communautaire émanant de l'Union européenne et au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Des législations spéciales ont dû être adoptées, sans pour autant modifier les règles constitutionnelles. D'autres États, en revanche, choisissent de faire évoluer leur loi fondamentale pour tenir compte de ce phénomène en pleine extension.

Deux types de clauses constitutionnelles doivent être mentionnés ici. Il s'agit d'abord du phénomène récent des dispositions relatives aux transferts de compétences souveraines aux institutions internationales. Implicitement, elles déterminent l'application du droit dérivé émanant de ces organisations. Courantes en Europe en raison de l'intégration communautaire, elles apparaissent également sur d'autres continents, en Amérique latine par exemple. Il s'agit ensuite, plus rarement, d'une mention expresse affirmant la validité automatique, voire la primauté des actes émanant des organisations internationales d'intégration, lorsque le traité constitutif le prévoit³²⁴. Cela nécessite alors une

lecture et une interprétation combinées des règles constitutionnelles nationales et du traité établissant l'organisation internationale. C'est ainsi que sont directement applicables les règles issues de l'OHADA et de l'UEMOA sur le continent africain³²⁵. La méthode d'intégration est alors des plus automatiques, et ne nécessite parfois même pas de publication interne de la décision, dès lors qu'elle est publiée par l'organisation elle-même.

Cependant, pour toutes ces sources de droit international, les principes affirmés par les constitutions sont parfois atténués voire contredits par la pratique. Même lorsque la règle constitutionnelle permet une intégration directe de la norme internationale, celle-ci est néanmoins largement transposée et renationalisée par les législateurs.

II. L'internationalisation mesurée de la pratique étatique : méthodes législatives de transposition

Le législateur dispose d'une grande marge de manœuvre dans l'application des principes constitutionnels à l'égard du droit international³²⁶. La transposition législative prend des formes très variables, mais finalement comparables d'un système à l'autre. Son objet est multiple : il s'agit de légitimer politiquement une norme (presque) étrangère, négociée et adoptée par le pouvoir exécutif, la plupart du temps ; de respecter l'obligation étatique d'exécution de ses engagements internationaux ; il s'agit surtout d'adapter l'ordre juridique interne à une norme nouvelle, qui s'inscrit parfois en contradiction avec certaines traditions juridiques nationales. Plus un traité international intervient dans un domaine politiquement sensible, plus les modifications de l'ordre juridique interne seront effectuées à minima. La différence réside surtout dans le fait que la méthode de nationalisation est imposée dans les systèmes dualistes, tandis

qu'elle est choisie dans les systèmes monistes (A). On peut certainement constater une progression des pratiques de transposition, qui fait l'objet de commentaires divergentes. Quoiqu'il en soit, le résultat produit est similaire : l'intégration du droit international est souvent tardive et partielle (B).

A. Méthodes imposées dans les systèmes dualistes, méthodes choisies dans les systèmes monistes

Plusieurs techniques de transposition existent, qu'il s'agisse de lois de réception, de transposition ou d'adaptation (1). Cependant, on peut constater l'absence de règles déterminant le choix d'une technique en particulier, car ce choix dépend largement de motifs d'opportunité politique (2).

1. Différentes techniques : lois de réception, d'exécution et d'adaptation

L'opération de « nationalisation » ou transformation de la norme internationale en norme interne utilise plusieurs techniques. Imposées par la logique dualiste, celles-ci sont habituelles au Royaume-Uni ou en Italie. Elles sont néanmoins également courantes dans certains États monistes, de par la volonté du législateur : celui-ci interprète la règle internationale, dont le faible degré de précision rend parfois nécessaire et inévitable un complément national, aux fins d'exécution. Qu'il s'agisse d'un traité ou d'un acte unilatéral, le droit international écrit subit largement le même traitement.

La première méthode, la plus simple, consiste à voter une loi qui renvoie au texte international et le déclare applicable ; ledit texte est alors reproduit en annexe de la loi. C'est la technique dualiste de « l'ordre d'exécution », qui en réalité ne fait que réceptionner l'acte international pour

le rendre valide au niveau interne. Cette simple référence au texte du traité ressemble, en pratique, à l'autorisation parlementaire préalable de ratification. Ainsi, la loi française autorisant le Président de la République à ratifier le statut de la CPI contient un article unique : « est autorisée la ratification de la Convention... et dont le texte est annexé à la présente loi »³²⁷. La chronologie est différente : l'autorisation parlementaire relève de la procédure de conclusion du traité, antérieure à son entrée en vigueur pour l'État. En revanche, la doctrine souligne souvent la double fonction de la loi dualiste qui réceptionne le traité : elle est à la fois procédure de conclusion et procédure d'exécution du traité³²⁸.

La seconde méthode, en revanche, consiste à reprendre dans la loi la substance normative du traité ou de l'acte unilatéral international, en tout ou en partie. Le terme d'exécution est fort délicat car c'est lui qui prête à confusion. Comme Joe Verhoeven l'explique de façon limpide, *"par "mesure d'exécution", il y a lieu d'entendre des interventions législatives, réglementaires ou administratives destinées à donner concrètement effet à la règle internationale et non des interventions dont le seul objet est d'"introduire" celle-ci dans l'ordre interne de l'autorité saisie, conformément aux exigences propres de son droit constitutionnel"*³²⁹. Ce procédé doit à son tour être dissocié, selon que la loi mentionne expressément le texte international, ou non. On peut alors opérer une distinction en fonction de la nature de l'obligation découlant du traité. En effet, un traité peut mentionner que l'État doit « prendre toutes les mesures législatives nécessaires » à son exécution³³⁰. Dès lors, l'intervention législative fera expressément mention du contenu du traité. Cependant, il peut arriver que le traité ne précise pas cette obligation : il sera alors plutôt question d'une adaptation volontaire du droit

national à des obligations substantielles de comportement découlant indirectement du traité, comme tel est fréquemment le cas en droit international pénal. Dans ces deux cas, exécution du traité ou adaptation du droit interne, cette nationalisation du droit international peut conduire à transformer le sens de la norme internationale, ou à ne reprendre qu'une partie des obligations internationales de l'État.

2. Absence de règle déterminant le choix de la méthode

La pratique est au cas par cas, selon le contenu plus ou moins précis du traité ou de l'acte unilatéral, selon l'état d'adaptation du droit interne, selon les velléités de nationalisme juridique du législateur. Quelle que soit la règle constitutionnelle d'intégration, les procédures d'exécution du droit international écrit se rapprochent : elles peuvent répondre à un motif d'ordre juridique ou à une raison plutôt politique.

Juridiquement, si le législateur considère que la norme internationale est suffisamment précise (donc d'effet direct), le monisme se satisfera de l'autorisation de ratification, tandis que le dualisme utilisera le simple ordre d'exécution. Si le texte n'est pas considéré comme d'application directe, c'est-à-dire qu'il ne se suffise pas à lui-même, des mesures complémentaires d'exécution peuvent alors apparaître nécessaires. Dans les deux cas, le problème est le même : identifier le caractère directement applicable (qui relève principalement de la fonction judiciaire). En effet, les traités sont souvent formulés en termes plutôt vagues et généraux : leur absence de précision ou leur caractère conditionnel peut déstabiliser certains États habitués à une normativité des plus précises³³¹. Par nécessité juridique, ils doivent donc faire l'objet de compléments.

Un second motif peut inciter le législateur à adopter des mesures nationales complémentaires, indépendamment du débat sur la nature précise et complète de la norme internationale : celui de l'opportunité politique. Lorsqu'un traité porte sur un domaine politique sensible pour la souveraineté nationale (défense, sécurité, justice pénale), il peut heurter les traditions et principes internes. Tel est le cas lorsque le droit international incite, voire impose aux États de passer outre les immunités des chefs d'État pour réprimer des crimes graves de droit international. Dès lors, le législateur va se réapproprier le contenu du traité pour l'adapter au contexte national, quitte à ne pas en respecter fidèlement le texte. On peut ainsi évoquer un âpre débat au sein même du pouvoir législatif français, quant à l'existence d'une obligation d'exécuter le statut de la CPI, dans le cadre de l'adoption en août 2010 d'une loi **d'adaptation** du droit pénal français³³². Ainsi, les députés et sénateurs ayant préparé le projet de loi n'ont eu de cesse de souligner qu'il ne s'agissait pas d'une transposition imposée, mais d'une adaptation volontaire répondant à une obligation morale de la France : à l'Assemblée nationale, il a été déclaré que « l'adaptation autorise une certaine souplesse d'interprétation du statut, d'autant que la terminologie anglo-saxonne est parfois bien éloignée de la nôtre et que certains concepts juridiques contenus dans le statut sont même inconnus de notre droit. Mes chers collègues, j'insiste sur ce point : il n'est nullement demandé au législateur d'adopter un texte en conformité stricte avec les terminologies retenues par le statut de Rome »³³³.

Finalement, les pratiques de transposition et d'adaptation sont de plus en plus courantes, qu'elles soient véritablement nécessaires ou non. Ainsi, les résolutions du Conseil de sécurité sont ainsi de plus en plus reprises dans des lois nationales, notamment dans le cadre récent de

la lutte internationale contre le terrorisme. De même, les traités produisant potentiellement des effets sur les individus font l'objet de mesures d'adaptation du droit national. En France, aux États-Unis, dont la logique constitutionnelle est pourtant moniste, la tendance récente privilégie ainsi les lois d'application plutôt que de miser sur l'applicabilité directe du traité, quitte à transformer le contenu et le sens de celui-ci³³⁴.

B. Résultat similaire : intégration souvent tardive et partielle du droit international

Les raisons conduisant à une intégration tardive et partielle du droit international peuvent être résumées ainsi : ratification tardive des traités, avec parfois l'émission de réserves relatives à l'application interne de ceux-ci ; adoption de lois d'exécution ne reprenant qu'une partie du traité ou de l'acte international ; adoption de lois d'adaptation redéfinissant les normes internationales sans en respecter le texte. Ces motifs révèlent souvent de grandes réticences de la part des législateurs nationaux à l'égard du droit international, adoptant ainsi des attitudes dualistes contestables. Tel n'est pas toujours le cas, la critique devant être relativisée. De nombreuses normes internationales sont intégrées sans délai par des procédures de réception simple, ne dénaturant pas les obligations internationales. Ainsi, en Allemagne, une seule loi a donné approbation à tous les règlements de l'OMS³³⁵. De même, la loi allemande d'adaptation au statut de Rome est considérée comme « un modèle de référence », notamment parce que la définition des crimes internationaux reprend textuellement l'intégralité du traité international³³⁶. En France, certains traités sont intégrés avant même leur entrée en vigueur, le texte étant repris sans modification³³⁷.

Cependant, plusieurs moyens conduisent à limiter les effets des engagements internationaux

des États, lorsque ceux-ci sont intégrés en droit interne. Les exemples du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international pénal l'illustrent avec acuité. Ils concernent tous les domaines impliquant les relations entre l'État et ses ressortissants ou résidents.

D'abord, en droit international des droits de l'homme, on connaît le cas de la ratification du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) de 1966 par les États-Unis : intervenue tardivement (1992), elle fut assortie d'une déclaration le rendant inapplicable et inefficace en droit interne. On peut également citer le Human Rights Act britannique de 1998 : destiné à donner effet à la Convention européenne des droits de l'homme (ConvEDH), il renvoie en introduction aux articles de la Convention et en reprend le texte en annexe. Dans ce cas, les normes issues du traité ne sont pas reformulées, mais citées in extenso. Toutefois, certains articles ne sont pas transposés, car ils ne figurent ni dans la loi, ni dans ses annexes : tel est le cas pour l'article 13 de la ConvEDH, relatif au droit à un recours effectif, pour le non-respect duquel le Royaume-Uni a pourtant été condamné par la CourEDH. L'intégration du droit international est alors partielle. Ce type de transposition incomplète semble pratique courante dans les États dualistes : ils n'insèrent pas les dispositions du traité s'ils estiment que leur contenu est déjà respecté par le droit interne. Cette pratique paraît néanmoins contestable. Elle peut conduire à porter atteinte à l'intégrité du traité. Par ailleurs, elle peut également poser des problèmes d'interprétation du traité, dont les articles forment un ensemble et doivent être lus les uns par rapport aux autres.

Ensuite, quant au droit international humanitaire, l'application interne des Conventions de Genève de 1949 pose régulièrement de grandes difficultés. Tel fut le cas en France au

sujet des crimes de guerre commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda ; plus récemment, aux États-Unis, le statut des prisonniers de Guantanamo a également révélé les hésitations sur l'application des Conventions en droit interne. Elles sont généralement interprétées par la doctrine internationaliste comme suffisamment précises et contraignantes pour ne pas nécessiter de mesures complémentaires d'exécution. Cependant, au niveau des autorités politiques nationales, l'avis est généralement inverse. En France, elles n'ont jamais fait l'objet (jusqu'à présent) de mesures nationales d'exécution ; aux États-Unis, le War Crimes Act de 1996 les mettait en œuvre de façon souvent contestable et limitée. De ce fait, et compte tenu de l'attitude des juges, refusant leur invocabilité pour défaut d'effet direct, elles n'ont donc aucune efficacité³³⁹. Plus récemment, la loi française d'adaptation au statut de la CPI, qui envisage (enfin) les crimes de guerre commis en violation de ces traités, fait l'objet de critiques abondantes : parmi celles-ci, on peut mentionner que la définition des crimes n'est pas identique à celle des conventions³⁴⁰.

Enfin, le droit international pénal, avec le statut de la CPI, est actuellement le meilleur exemple d'intégration limitée : il s'agit là d'un traité à portée universelle, récent, très politique, impliquant de très nombreuses réformes du droit pénal matériel et procédural, au sein de la plupart des États l'ayant ratifié. Étroitement associé aux conventions humanitaires, il pénalise les violations de celles-ci. Entre adhésions tardives et transpositions partielles, c'est néanmoins le domaine le plus marquant de l'internationalisation du droit interne. Que ce soit en France, au Royaume-Uni, en Allemagne, en Italie, au Canada, plusieurs lois « d'adaptation » ont été jugées nécessaires par chaque État³⁴¹. Elles reprennent, en les redéfinissant, les normes matérielles contenues dans le traité. Les incrimina-

tions différent, notamment au Royaume-Uni³⁴². Les compétences pénales des juges internes, fréquemment prévues par les traités internationaux du domaine, sont restreintes pour être adaptées à certains principes de droit interne incontournables, tel que celui de l'opportunité des poursuites, de la compétence pénale territoriale, ou du monopole de poursuite du ministère public.

Quelle que soit la méthode d'insertion et d'application des traités internationaux, les critiques furent. On estime que les méthodes dualistes de transformation et d'adaptation ne respectent pas toujours l'intégrité des traités, ni dans la lettre, ni dans l'esprit. Cependant, l'absence de mesures d'adaptation est également (mal) perçue comme une indifférence du législateur à l'égard du droit international. Quant au système moniste, s'il prend de telles mesures, on considèrera que le Parlement protège son pouvoir normatif et que cela ne s'imposait pas. Le bilan dressé par A. Cassese sur les conventions humanitaires est des plus cinglants ; aucun État n'est épargné : "par exemple, aux États-Unis...on a délibérément ignoré la partie la plus avancée des Conventions de Genève. Dans un autre pays, le Maroc, l'on ratifie des traités et puis l'on "oublie" de les publier dans le journal officiel. En Italie, ...l'appareil étatique est sourd aux exigences internationales...En réalité, dans la plupart des États, soit on ne ratifie pas les Conventions, soit on ratifie les Conventions mais sans édicter de lois d'harmonisation"³⁴³.

Aux ratifications tardives, aux transpositions infidèles, on peut ajouter de nombreux obstacles procéduraux et judiciaires à l'application effective du droit international à des situations concrètes. Cela étant, chacune des étapes de l'intégration des normes internationales démontre une plus faible résistance des États à la pression du droit international.

III. L'intégration complétée : l'effort judiciaire d'application et d'interprétation du droit international

Lorsque les constitutions sont demeurées silencieuses sur les méthodes d'intégration des normes internationales, lorsque le législateur n'est pas intervenu, c'est alors au seul juge de déterminer les conditions dans lesquelles s'appliquent les normes internationales. Lorsque Constitution et lois existent, le pouvoir judiciaire remplit cependant un rôle identique, à titre complémentaire. Il parachève alors le processus d'intégration. Dans les systèmes de common law, les juges jouent un rôle d'autant plus primordial pour déterminer les effets du droit international.

Dans le cadre de cette étude restreinte, il est impossible de restituer le rôle de chaque juge national dans l'intégration du droit international. Cependant, quelques grandes lignes peuvent être tracées : elles montrent un effort judiciaire croissant (plus ou moins contraint) d'ouverture au droit international, malgré encore bien des résistances. Il incombe en effet au juge d'identifier la validité interne et la valeur hiérarchique du droit international (A). Il intervient également, et surtout, dans l'analyse de l'effet direct et de l'invocabilité de ce droit (B). A chaque étape, on peut relever certaines hésitations ou réticences judiciaires à l'égard de la réception du droit international. Cependant, le juge est partout confronté à une extension des recours fondés sur des normes internationales. Cela contribue certainement à ce qu'il développe une approche plus familière et plus ouverte à leur égard.

A. Les juges et la validité et valeur du droit international

Les juges interprètent les dispositions constitutionnelles, ou comblent leurs lacunes afin de déterminer ces deux conditions.

En ce qui concerne la valeur hiérarchique des traités, on retrouve ainsi couramment, parmi les principes dégagés par la jurisprudence, l'application du principe *lex posterior derogat priori*, lorsque les traités sont intégrés au même rang que les lois³⁴⁴. Ce principe, assez peu favorable à la primauté des traités, est cependant nuancé par l'utilisation du principe d'interprétation conforme, qui implique que les lois nationales soient interprétées dans le sens du respect des engagements internationaux. Au sein de nombreux États européens, comme en Allemagne ou en France, ce sont les juges qui ont déterminé que leur Constitution nationale devait en tous cas primer sur les traités internationaux.

Il en va de même pour la place de la coutume internationale : en France, en Belgique, ce sont les seuls juges qui ont déterminé la validité interne de la coutume internationale, sans pour autant clairement trancher sa place au sein de la hiérarchie des normes³⁴⁵. Par ailleurs, les juges internes se contredisent entre eux, parfois³⁴⁶. Les difficultés rencontrées par les juges de tradition civiliste face à la norme coutumière définissant le crime contre l'humanité sont légion : est-elle applicable ? Peut-elle fonder une compétence pénale du juge ? Là encore, c'est en matière pénale que les résistances sont les plus fortes. Si les juges canadiens se montrent ouverts à l'insertion et l'application de la coutume en la matière depuis l'affaire *Mugesera*³⁴⁷, les juges américains et français le sont nettement moins, considérant que le principe *nulum crimen, nulla poena sine lege*, exige véritablement une loi et non une norme internationale non écrite.

La jurisprudence ne permet donc guère de dégager de véritable « méthode » d'intégration du droit international, par conséquent des plus aléatoires lorsqu'on passe d'une juridiction à l'autre. Il en va de même lorsqu'il s'agit du pouvoir de déterminer l'applicabilité directe et donc l'invocabilité des normes internationales.

B. Les juges et l'applicabilité directe du droit international

Le concept même d'applicabilité directe du droit international fait l'objet d'explications et d'analyse fort variable, la sémantique étant des plus confuses. L'objectif de l'analyse est similaire : il s'agit de savoir dans quelles conditions un juge va accepter d'utiliser une norme internationale invoquée dans un recours qui lui est soumis. Cependant, les langages francophones et anglophones ne correspondent guère, de même que les critères employés par les juges³⁴⁸. Dès lors, sur une même norme internationale, les réponses des juges peuvent être opposées, l'un reconnaissant son applicabilité directe, l'autre non.

Il est notable que les juges possèdent tous une compétence d'interprétation des règles internationales³⁴⁹. Pour ce faire, ils ont de plus en plus recours aux règles internationales d'interprétation issues de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, même lorsque celle-ci n'a pas été ratifiée par leur État. Les juges anglais et irlandais n'hésitent plus à se référer directement au texte du traité plutôt qu'à celui de la loi de transposition³⁵⁰. Le juge américain, en revanche, se fie encore davantage au Restatement 3rd (instrument de codification américaine du droit international) plutôt qu'à la Convention de Vienne³⁵¹. En Europe, la thématique récente du « dialogue des juges », entre juge national, juge régional et juge international, illustre le fait que, sous la pression des juges internationaux en matière de droits de l'homme et de droit communautaire, les juges nationaux ont largement contribué à une meilleure intégration du droit international³⁵².

Il n'existe pas non plus de méthode harmonisée déterminant l'effet direct et l'invocabilité interne des normes internationales. Cependant, de manière générale, les juges tiennent compte, comme pour toute norme, de son degré de pré-

cision ainsi que de son objet : la norme a-t-elle pour vocation de créer des droits pour les particuliers ? Si l'évolution générale est en faveur d'une plus grande reconnaissance de l'effet direct du droit international (sans présomption en ce sens, cependant), les résistances judiciaires sont encore très fortes : le juge peut refuser de se considérer compétent pour connaître de la norme internationale (comme souvent en matière pénale). Il peut la cantonner aux frontières de l'État en rejetant son applicabilité directe (les exemples sont légion en droits de l'homme, droit humanitaire, et droit des Nations unies, au sujet des résolutions du Conseil de sécurité). L'attitude d'autolimitation des juges, la méconnaissance parfois du droit international, la crainte d'empiéter sur le pouvoir des autorités politiques et la doctrine de l'acte de gouvernement, sont autant de raisons bien connues, qui semblent en recul³⁵³.

En fin de compte, l'interprétation des normes internationales par les juges internes peut paraître, à première vue, quelque peu anarchique. Certains auteurs, après avoir admiré la hardiesse croissante des juridictions internes à l'égard du droit international, constatent que cela donne naissance à *"un droit savant, opaque, imprévisible et souvent aléatoire"*³⁵¹ en raison d'une approche parcellaire de la part de juridictions qui n'ont pas les mêmes compétences. Mais ils incitent aussitôt à ne pas exagérer l'inconvénient que cela représente car *"globalement les jurisprudences convergent, et convergent au profit d'une plus grande applicabilité des normes d'origine internationale"*³⁵⁵. Le problème réside davantage dans l'absence d'une conceptualisation et d'une systématisation de l'interprétation de ces différentes normes internationales, qui devraient avant tout être le produit des auteurs du traité plus que des juges.

Pour conclure, on ne peut que constater que les méthodes d'intégration du droit international va-

rient d'un État à l'autre, et d'une autorité nationale (constitutionnelle, législative, exécutive, judiciaire) à l'autre. Ces divergences sont inhérentes au pluralisme juridique qui préserve la spécificité de chaque système ; toutefois, elles n'empêchent nullement de constater également une harmonisation (très) progressive des ordres juridiques internes sous l'influence du droit international, notamment en matière de droits de l'homme, de droit humanitaire, et de droit pénal.

L'émergence du droit humanitaire et du droit pénal international

Monsieur Etienne Goethals, président de section à la Cour de cassation de Belgique

« Il y a des lois non écrites et inébranlables des dieux, ne datant pas d'aujourd'hui ni d'hier, mais qui sont en vigueur depuis toujours et dont nul ne sait quand elles sont apparues ». Antigone de Sophocle

Le concept même d'un « droit pénal international » contient une antinomie entre le droit pénal, qui renvoie au droit interne d'un État, et le droit international, qui concerne les rapports, non entre l'État et ses ressortissants, mais entre États entre eux.

- Le droit pénal émane du pouvoir souverain d'un État, et s'adresse aux individus ressortissant de cet État. Il réfère à l'idée de transgression, de justice et d'expiation à l'intérieur d'une même communauté. Dans une communauté, la solidarité entre les membres est forte et de type affectif, chacun partageant les mêmes valeurs dans le cadre de croyances partagées. Le droit correspondant est dès lors un droit fortement teinté de morale, voire de religion, qui est désigné comme un droit répressif, un droit connu par tous les membres de la communauté sans

qu'il soit besoin de le formaliser. Lorsqu'un membre de cette communauté a commis une faute, rompant ainsi le principe de solidarité qui relie les membres de cette communauté, il est normal qu'il soit sanctionné.

Le droit de punir est un attribut fondamental de l'État souverain garant de la sécurité des personnes et de leurs biens dans l'espace national où il assume pleinement et souverainement ses fonctions régaliennes. Le souverain lui-même, par définition, est immunisé pénalement et ne peut être poursuivi. Vouloir juger pénalement les hommes agissant pour le compte du souverain, c'est remettre en cause la clé de voute de l'État : l'injusticiabilité de la souveraineté.

- Le droit international par contre ne connaît que les États comme sujets et acteurs du droit, et repose sur un principe de société dans laquelle les souverainetés indépendantes sont coordonnées. La solidarité entre les États n'est pas essentiellement fondée sur des valeurs ou croyances partagées, mais s'appuie plutôt sur des intérêts réciproques bien compris, chacun dépendant de l'autre. Dès lors, les infractions relevant du droit international concernent les actes et les faits commis dans l'espace de contact entre deux ou plusieurs souverainetés (p.ex. la piraterie en haute mer, la traite des esclaves, le trafic de stupéfiants, le détournement d'avion, le terrorisme). La répression de ces actes a pour but de préserver l'ordre international, c'est-à-dire les intérêts communs des États, contrairement au droit pénal (interne) qui vise la protection des valeurs communes. Le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des États et de l'immunité des chefs d'État ou autres représentants en exercice, y compris pour les faits qui leur sont reprochés à titre personnel, correspondent à cet ordre d'idées.

En ce qui concerne le droit pénal interne, il est facile d'en connaître le contenu : il suffit d'ouvrir le code pénal ou de consulter la loi particulière

afin de s'informer de la nature des délits et des peines applicables.

Il n'existe, au contraire, pas de code de droit international pénal. Il faut nécessairement s'en référer aux sources générales du droit international, traités ou conventions entre États ainsi que, dans une moindre mesure, la coutume de droit international.

Il se peut que l'on trouve dans le traité une définition de l'acte répréhensible ; concernant la peine applicable, celle-ci sera laissée à l'initiative du législateur national, pour des raisons évidentes :

- la difficulté de définir une peine applicable pour tous les États en raison des différences entre les divers systèmes juridiques concernés ;
- plus fondamentalement : en matière pénale, l'objet du droit international tend à la répression d'actes répréhensibles commis par des personnes physiques ou morales. Dès lors le principe de la légalité, qui veut que pour qu'une norme pénale puisse être appliquée, celle-ci doit préalablement être clairement déterminée par la loi, conserve toute sa valeur. En l'absence d'un législateur international, cela ne peuvent être que les différents parlements nationaux qui déterminent la peine et qui précisent les délits à caractère international auxquels ces peines seront applicables.

D'autres conventions, n'ayant pas pour objet direct la définition de délits à caractère international, peuvent néanmoins influencer leur répression.

Un exemple des difficultés qui peuvent surgir lors de l'application du droit international pénal en raison soit de l'absence d'un traité, soit de l'existence d'autres normes internationales contraignantes, soit de la combinaison des deux, nous est fourni par un arrêt récent de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, siégeant à Strasbourg (France), en matière de trafic international de stupéfiants³⁵⁶.

Le cargo dénommé le Winner, soupçonné de transporter une importante cargaison de drogue, se fait arraisonner par un navire de guerre français au large des îles du Cap Vert, à plusieurs milliers de kilomètres de la France. Les membres de l'équipage sont emmenés de force en France où ils seront condamnés à diverses peines d'emprisonnement.

Ils contestent la légalité de leur arrestation devant la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg, prétendant avoir été victime d'une privation arbitraire de liberté après l'arraisonnement du navire par les autorités françaises. Ils invoquent plus particulièrement l'article 5, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit que : "nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales."

Ils estiment que l'arraisonnement du Winner ne peut trouver de base légale ni dans les conventions internationales auxquelles le Cambodge, État-pavillon du navire, n'est pas partie, ni dans la note verbale du ministère des Affaires étrangères du Cambodge du 7 juin 2002, autorisant explicitement les autorités françaises à intercepter le navire.

Par une majorité de dix voix contre sept, la Cour admet que l'on ne saurait accorder la valeur d'une "loi" au sens de l'article 5, § 1 de la Convention, à ladite autorisation, celle-ci ne répondant pas aux exigences en matière d'arrestation d'une norme clairement et préalablement établie au sens de la jurisprudence de la Cour.

Concernant l'exigence d'une norme préalable, la Cour souligne le caractère ad hoc de l'autorisation donnée par le Cambodge et le caractère ponctuel de la mesure de coopération adoptée en l'espèce, rendant ainsi "imprévisible" l'intervention des autorités françaises. La Cour souligne qu'en tout état de cause, "le caractère prévisible, pour un délinquant, de pour

suites pour trafic de stupéfiants ne saurait se confondre avec la prévisibilité de la norme légale fondant l'intervention. Dans le cas contraire, toute activité susceptible d'être qualifiée d'infraction par le droit interne dispenserait les États de l'obligation qui pèse sur eux d'adopter des normes ayant les qualités requises, en particulier au regard de l'article 5 § 1 de la Convention et, partant, ce dernier serait vidé de substance."

L'assimilation d'un échange de notes verbales constatant un consentement entre les autorités concernées à un traité ou un accord et formant dès lors une source de droit international ne peut dès lors, selon la Cour, suffire comme base légale à défaut de prévisibilité suffisante³⁵⁷⁻³⁵⁸.

Cette jurisprudence est importante dans la mesure où le Statut de Rome dispose que les principes des diverses conventions régionales des droits de l'Homme, dont la Convention Européenne des Droits de l'Homme, sont également applicables aux affaires soumises à la Cour Pénale Internationale.

A partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale une nouvelle catégorie de crimes, hybride parce que relevant à la fois de la sphère nationale et internationale, a vu le jour avec la création du Tribunal militaire international de Nuremberg et le Tribunal militaire international de Tokyo. L'idée était que la seule victoire militaire n'est pas une réponse suffisante aux crimes de masse qui regardent la communauté internationale dans son ensemble en raison de leur monstruosité. Le Tribunal de Nuremberg se vit ainsi attribuer compétence en matière de crimes contre la paix, réprimant la guerre d'agression, de crimes de guerre, réprimant les violations des lois et coutumes de la guerre, ainsi que les crimes contre l'humanité définis comme l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles en liaison avec un crime contre la paix ou un crime de guerre.

L'idée d'une justice pénale internationale reprend à la fin de la guerre froide, suite aux événements dramatiques dans les Balkans en Europe et dans certains pays en Afrique, en particulier le génocide des Tutsis rwandais. Des tribunaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda sont institués, tandis que l'adoption du Traité de Rome du 17 juillet 1998 portant création de la Cour pénale internationale, entrée effectivement en fonction le 11 avril 2002 et dont le siège se situe à La Haye, ont rendu irréversible l'aboutissement d'une juridiction pénale supranationale et permanente.

Parallèlement à la création de juridictions internationales, l'idée de la nécessité d'une répression des crimes contre l'humanité pénètre également dans les divers systèmes nationaux.

A cet égard, rarement une loi aura causé autant de tumultes politiques, judiciaires et diplomatiques que la loi belge du 16 juin 1993 sur la répression des violations graves du droit international humanitaire (modifiée par la loi du 10 février 1999) dite de compétence universelle. Cette loi octroyait au juge belge une compétence universelle « absolue » pour connaître des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité (loi de 1993) et des crimes de génocide (loi de 1999), quels que soient la nationalité de l'auteur, des victimes ou le lieu de l'infraction. Elle présentait en outre cette double singularité - qui en faisait tout son attrait - de permettre le déclenchement de l'action publique par la seule constitution de partie civile entre les mains d'un juge d'instruction, même en l'absence des personnes poursuivies sur le territoire belge, et d'exclure l'éventuelle immunité attachée à la fonction de ces personnes.

La mise en œuvre de la loi belge de compétence universelle n'a pas manqué de susciter des controverses et des problèmes juridiques et politiques.

Difficultés juridiques d'abord : la Cour internationale de justice condamna la Belgique pour avoir décerné un mandat d'arrêt à l'encontre d'un ministre des Affaires étrangères en exercice, pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité, en violation de l'immunité de juridiction pénale et de l'inviolabilité dont le ministre jouissait en vertu de droit international.

Dans « l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 » opposant la Belgique à la République Démocratique du Congo, cette dernière avait - parmi d'autres arguments - en premier lieu contesté la validité d'une compétence universelle in absentia des juridictions belges. Dans son arrêt du 14 février 2002, la Cour internationale de justice examine toutefois d'emblée le problème de l'immunité du ministre des Affaires étrangères en exercice, l'objection de la compétence universelle des tribunaux belges n'étant finalement plus soulevée par le requérant.

Cela n'empêche toutefois pas la Cour de souligner qu'il convient de distinguer soigneusement les règles gouvernant les compétences des tribunaux nationaux et celles régissant les immunités. La compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence. C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite l'obligation d'étendre leur compétence de juridiction, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ses conventions³⁵⁹.

La Cour souligne toutefois que l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bé-

néficie d'une impunité au titre de crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions ; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale. Ainsi, dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres États. À condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'à titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé.

Était ainsi condamnée la disposition de la loi belge du 10 juin 1993 qui excluait semblable immunité.

Ce sont toutefois principalement les difficultés politiques et diplomatiques consécutives au grand nombre de plaintes dirigées contre de hauts dignitaires étrangers et dont furent saisis les tribunaux belges, plaintes dirigées contre des anciens présidents d'États ou de ministres, dirigeants en exercice, de hauts militaires étrangers ou encore des sociétés multinationales, qui menèrent à l'abrogation de la loi dite de compétence universelle.

Ainsi, la Belgique fût l'objet de critiques extrêmement virulentes dans l'affaire Sharon. Elle ne résistera pas aux pressions de plus en plus pressantes des États-Unis qui, à la suite de dépôts de plaintes contre un haut responsable militaire

ainsi qu'un ancien président des États-Unis, menacent de faire déménager le siège de l'OTAN

Le gouvernement s'attèle alors à modifier la loi de manière à introduire des critères de rattachement avec la Belgique, à prévoir un système de filtrage des plaintes déposées pour des crimes de droit international devant les juridictions belges et à tenir compte de l'arrêt de la Cour internationale de justice et du statut de la Cour pénale internationale.

Finalement, le 5 août 2003, la loi du 16 juin 1993 est abrogée et la compétence des tribunaux belges pour connaître des crimes de droit international commis à l'étranger complètement réaménagée. La poursuite des infractions graves au droit international humanitaire est toujours possible, mais en l'absence de liens de rattachement rendant les juridictions belges compétentes pour en connaître, la plainte n'est recevable que si une règle de droit international, de source conventionnelle ou coutumière, liant la Belgique, lui impose de poursuivre les auteurs des infractions visées. La compétence universelle in absentia ne peut plus être exercée et un important système de filtrage est prévu. Pour les plaintes déposées avant l'adoption de la nouvelle loi, des dispositions transitoires visant à permettre le dessaisissement des juridictions belges des plaintes ne présentant aucun lien de rattachement est prévu. En dix ans, on est donc passé d'une compétence universelle étendue dans son sens le plus large à une compétence extraterritoriale sélective.

Les raisons de cet échec ne sont point tellement juridiques : en soit, une compétence universelle pour les crimes les plus graves envers la personne humaine, sur base d'un principe de responsabilité, en raison des valeurs mises en danger et indépendamment de tout dommage, est parfaitement défendable.

La comparaison peut se faire avec le délit

d'omission de porter secours à personne en danger réprimé par le droit pénal interne : l'infraction repose sur un devoir d'humanité qui commande de porter secours lorsqu'autrui est en danger. La notion d'omission d'agir a intégré le champ du droit pénal pour des raisons de solidarité : il existe une maxime morale qui interdit qu'un membre d'une communauté soit totalement indifférent à l'égard du danger pressant que court un autre membre de sa communauté.

A une échelle plus large, en raison de l'essence même de la personne humaine, l'on peut considérer que nous avons à l'égard des autres gens et peuples aussi des devoirs d'humanité du même genre mais sans doute d'un degré différent que ceux qui sont sanctionnés par l'infraction de non assistance de personne en danger.

Le concept pratique de souveraineté d'un État inclut la protection des peuples qui composent cet État. L'État n'est souverain qu'autant qu'il ne procède pas à l'anéantissement ou la violation grave des droits du peuple ou d'une partie du peuple qui le compose. Le fait que la souveraineté d'un État, du point de vue de droit international, ne puisse justifier un génocide ou un crime contre l'humanité vient de ce que les gens qui peuplent cet État partagent une commune humanité avec nous. Nous avons donc tous une communauté d'intérêts à défendre, qui est celle de notre commune humanité³⁶⁰.

L'exercice de la compétence universelle par les juridictions d'un État manifeste ainsi une espèce d'intéressement spécifique à l'égard des souffrances subies par un peuple, intéressement qui engage la responsabilité de cet État à l'égard de ce peuple³⁶¹.

La justification en droit d'une compétence universelle ne doit toutefois pas nous faire oublier les limites pratiques d'une telle compétence.

Une justice internationale qui se veut universelle, hors du temps et de l'espace, qui veut dire le

droit au nom de l'humanité dans son ensemble en transcendant à l'occasion tout ce qui différencie les peuples, devrait pouvoir reposer sur de normes universellement reconnues. Or c'est loin d'être le cas.

Les contraintes politiques internationales, au nom de la raison d'État, sont loin d'être négligeable, ainsi que la Belgique en a fait l'amère expérience. Il est utopiste de vouloir une justice universelle qui anticipe sur un monde en commun qui n'existe pas encore, et dont on n'a pas les moyens pour l'exercer.

Néanmoins, la création de Cours pénales internationales constitue un progrès indéniable.

Ainsi, la Cour pénale internationale, fondée en vertu d'un traité signé par 111 États, est une cour indépendante permanente devant laquelle sont jugées les personnes accusées des crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale, à savoir les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

Le concept repose sur un principe de responsabilité partagée. Ainsi, la Cour n'est saisie qu'en dernier recours. Elle n'intervient pas lorsqu'une affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites dans un système judiciaire national (principe de complémentarité), sauf si ces procédures ne sont pas menées de bonne foi, par exemple si elles ont été engagées officiellement uniquement pour soustraire une personne à sa responsabilité pénale. Tout comme devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, la Cour pénale internationale est compétente, contrairement aux États, pour juger un dirigeant d'un État ou un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre des affaires étrangères.

Il y a toutefois aussi des réserves à faire.

Même si la Cour pénale internationale exerce

en théorie une compétence universelle, en pratique ses compétences ne lient que les parties qui ont souscrit au statut de cette Cour. Or plusieurs États, et non des moindres, ont refusé d'adhérer à cette convention.

Les pouvoirs du Conseil de Sécurité (pouvoir d'initiative et d'intervention dans le cours judiciaire) sont à regretter, d'autant plus que celui-ci, organe politique, est constitué notamment d'États qui sont membres permanents mais qui n'ont pas accédé aux nouvelles institutions judiciaires. Cela démontre de leur part une méfiance envers d'éventuelles poursuites qui nuiraient à leurs intérêts, qui sont nombreux sur le plan mondial.

Il ressort du rapport le plus récent de cette Cour que ces activités se concentrent actuellement principalement sur la responsabilité de dirigeants de bandes armées dans des États africains tel que la République démocratique du Congo ou de l'Uganda.

Au pont de vue judiciaire, le Statut et le règlement de procédure de la Cour combine des éléments provenant de divers systèmes juridiques, tel que la common law et le système « romano-germanique » propre au continent européen. Ainsi les témoins sont interrogés, non par le juge mais par les parties, selon le système de cross-examination, ce qui est indéniablement un avantage comparé au système continental où c'est le juge qui dirige l'interrogatoire. Par contre, tout en s'inspirant du système continental de recherche d'éléments tant à charge qu'à décharge, c'est non un juge indépendant mais le procureur, donc la partie poursuivante, qui est chargé de cette mission.

L'on peut regretter que la défense ne soit pas représentée par un ordre d'avocats attaché à la Cour et que les moyens qui lui sont octroyés sont de loin inférieurs aux moyens dont dispose le bureau de Procureur.

Enfin, la Cour n'a pas de compétence envers les personnes morales. L'article 25 du Statut de Rome limite en effet sa compétence aux personnes physiques.

Or le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, introduit dans un bon nombre de législations nationales, pourrait constituer un outil majeur dans la lutte internationale contre les crimes les plus graves.

Il faut en effet constater que les responsabilités les plus importantes, bien plus importantes que celles des individus, si situent au niveau, souvent anonyme et secret, de sociétés, faisant partie de conglomerats plus importants et mêmes étatiques, vendant et mettant à disposition de milices et autres, les armes servant à la perpétration de crimes de guerre ou de génocide.

Il va sans dire que si la compétence de la Cour était complète et pouvait même toucher des États, ceux-ci ainsi que les personnes morales concernées y réfléchiraient à deux fois avant de s'engager dans de telles actions³⁶².

Au niveau européen, l'on assiste en matière pénale depuis quelques années à un rapprochement des législations des pays membres des institutions européennes, créant ainsi une internationalisation du droit pénal au départ des différents droits nationaux.

- À partir d'une interprétation originale et extensive des divers droits fondamentaux, la Cour européenne de droits de l'Homme de Strasbourg impose de nouveaux critères aux 47 États membres du Conseil de l'Europe, soit la quasi totalité du continent européen. Par sa jurisprudence en matière de droits de l'Homme, la Cour impose souvent des changements fondamentaux dans les divers systèmes judiciaires des États qui ont souscrit à la Convention. . Ainsi le droit du prévenu à l'assistance d'un avocat dès la première audition par le juge, son droit à être représenté par un avocat, même en cas de dé-

faut de sa part, l'obligation du jury de la cour d'assises de motiver sa décision, la jurisprudence en matière de délai raisonnable, etc.

En reconnaissant l'applicabilité directe des dispositions de la Convention sur leur propre droit national, tel qu'interprété par la Cour, un puissant mouvement d'unification est ainsi mis en œuvre entre les différents États membres.

- Plus directe encore est l'action de l'Union européenne, regroupant actuellement 27 États membres. La transposition par ces États en leur droit national de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne introduisant le mandat d'arrêt européen signifie un profond bouleversement en matière du droit de l'extradition. Dans l'Union Européenne, ce ne sont dorénavant plus les responsables politiques mais les juridictions des États membres qui, moyennant un contrôle minimal, se prêtent une entraide substantielle en "remettant" endéans les plus brefs délais les personnes établies sur leur territoire qui ont été condamnées ou qui sont recherchées en vue de poursuites par un autre État membre de l'Union.

Au nom d'un principe de "confiance mutuelle" en les divers systèmes judiciaires nationaux des États membres, les grands principes de l'extradition, jusqu'alors considérés comme étant intouchables, tels que la non-extradition des nationaux, l'exigence de la double incrimination ou encore le principe de la spécialité pour la personne qui ne consent à son extradition, sont supprimés ou fortement érodés. Les États membres s'obligent à exécuter tout mandat d'arrêt européen sur la base du principe de confiance mutuelle, et cela non seulement à l'égard des personnes déjà jugées, mais aussi à l'égard de celles qui sont recherchées dans le cadre d'une enquête. L'exigence de la double incrimination est partiellement supprimée : le mandat d'arrêt européen peut être exécuté, sans contrôle de la double incrimination, pour un certain nombre de faits passibles, dans l'État

d'émission, d'une peine d'un maximum d'au moins trois ans d'emprisonnement. Chaque État membre non seulement reconnaît, à travers ce principe, l'intégralité de la législation pénale des autres États membres mais aussi accepte d'assister ceux-ci pour la faire respecter.

Une certaine prudence reste toutefois de mise : assurance que les droits fondamentaux seront respectés, qu'un nouveau procès équitable sera garanti, etc..

L'efficacité du nouveau système représente une contribution fondamentale dans le combat contre la criminalité et la création d'un véritable espace judiciaire unique Européen. La jurisprudence, tant des diverses cours supérieures des États membres que de la Cour de Justice de l'Union Européenne à Luxembourg, sont appelés à y jouer un rôle déterminant.

Conclusion

Suite à des mécanismes d'internationalisation tant au niveau du droit interne (compétence universelle), du droit communautaire (rapprochement des législations) ou mondial (traités et conventions) un lent rapprochement se dessine entre le droit pénal international traditionnel et le droit pénal interne.

Des techniques de rapprochement³⁶³, tel que l'usage de décision-cadres n'impliquant pas une harmonisation progressive de diverses législations mais plutôt un système de reconnaissance mutuelle de décisions judiciaires élaborées selon sa propre législation nationale, constitue à cet égard un apport utile. Un tel système repose toutefois sur une large confiance mutuelle des diverses législations étatiques et de leur application, et implique un strict respect des droits fondamentaux.

Néanmoins une institution judiciaire internationale restera toujours indispensable afin de sanc-

tionner ces agissements qui, par leur exceptionnelle gravité, transcende les particularités d'un État et nécessite la collaboration de tous les États membres de la communauté universelle. La diversité de la communauté internationale forme toutefois le principal obstacle à son élaboration, même si la création d'une juridiction pénale internationale représente un progrès substantiel. Ainsi que l'a souligné le président de cette Cour dans son dernier rapport, la mise en place d'une justice pénale internationale doit encore être amélioré, et la responsabilité en incombe en premier lieu aux États : élargir le système en parvenant à une ratification globale du Statut de Rome, renforcement des capacités et de la volonté des juridictions nationales d'enquêter sur les crimes relevant de la Cour, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, et d'en poursuivre les auteurs, amélioration de la coopération, en particulier la mise en œuvre par les États des décisions et ordonnances de la Cour.

Réception à l'Ambassade de France

Allocution de bienvenue

Son Excellence Monsieur François Delattre, ambassadeur de France au Canada

Mesdames et Messieurs les juges en chef et premiers présidents, Mesdames et Messieurs les présidents, Mesdames et Messieurs les conseillers et juges, Mesdames et Messieurs les Procureurs généraux et membres du ministère public, Mesdames et Messieurs les professeurs, Maîtres, Chers délégués, Mesdames, Messieurs, C'est un honneur et un plaisir tout particuliers pour mon épouse Sophie, pour notre Magistrat de Liaison Olivier Deparis et pour moi de vous

accueillir ce soir à l'Ambassade de France à l'occasion du troisième Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français.

Cette ambassade, qui est une illustration remarquable du style Arts Déco de la fin des années 1930, est par elle-même un bel hommage à la relation qui unit la France et le Canada mais aussi à la francophonie canadienne.

Permettez-moi de reconnaître le Président de votre association, le Docteur Ghaleb Ghanem, Premier président de la Cour de Cassation du Liban ; son Secrétaire Général Jean-Louis Gilet, Président de chambre honoraire à la Cour de Cassation ; ainsi que vos hôtes canadiens qui sont très bien représentés ce soir. Je souhaite en particulier la bienvenue à l'honorable Marie Deschamps, à l'honorable Rosalie Abella, à l'honorable Louis Lebel et à l'honorable Thomas Cromwell, Juges à la Cour Suprême du Canada.

Le thème de votre Congrès « Internationalisation de la justice - Internationalisation du droit » illustre l'ampleur et l'importance de votre mission. Il souligne aussi le poids du monde francophone comme l'un des acteurs-clés de cette internationalisation de la justice et du droit, dans laquelle ce sont également nos valeurs et nos intérêts qui sont en jeu.

La Francophonie, vous le savez, fêtera en octobre 2010, à l'occasion du Sommet de Montreux, son 40^{ème} anniversaire. Depuis le Sommet de Dakar en 1989, la coopération francophone dans le domaine du droit et de la justice n'a cessé de se développer, avec un accent particulier sur le renforcement des capacités judiciaires dans les pays francophones et sur l'indépendance de la justice, garante de l'État de droit.

C'est dire combien pour nous tous la Francophonie c'est la défense de la langue française, qui constitue notre trésor commun, mais c'est aussi la promotion de valeurs profondes, fondées sur le

respect de l'autre et donc sur la promotion des droits humains, civils et politiques.

Et c'est pourquoi le combat pour la Francophonie est inséparable de celui pour la diversité culturelle, chacun en est désormais convaincu, mais aussi de celui pour la diversité juridique que vous incarnez avec tant de force. Dans cet esprit, et vous le savez mieux que moi, les traditions juridiques spécifiques, le droit continental, la Common Law et les coutumes doivent bien s'appréhender dans une logique d'enrichissement mutuel.

C'est précisément ce que vous faites, dans le cadre de votre association : la réflexion que vous avez engagée il y a un an sur la question de l'internationalisation du droit et de la justice trouvera son point culminant à l'occasion de ce congrès à Ottawa. Et votre apport est fondamental.

En effet, d'un côté la multiplication de textes internationaux et la création d'institutions de justice internationales ou communautaires emportent des effets directs sur l'activité juridictionnelle des plus hautes juridictions nationales.

On peut le constater en France où l'ordre juridique a intégré et précisé des droits contenus notamment dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

D'un autre côté, l'augmentation exponentielle tant des échanges commerciaux internationaux que de la circulation des personnes multiplie les occasions de litiges. Les juridictions nationales doivent déterminer le droit applicable aux litiges tout comme elles doivent résoudre les questions relatives à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement rendu par une juridiction étrangère.

Dans ce contexte, en raison de la qualité éminente des membres qui la composent, votre association joue un rôle irremplaçable pour

promouvoir l'échange, le dialogue et la compréhension qui peuvent in fine déboucher sur une harmonisation des droits en empruntant des concepts, des principes ou des règles d'origines différentes.

Cette coopération, nous la vivons, à notre échelle, au sein des ambassades. Ainsi la France a-t-elle envoyé dans plusieurs de ses ambassades des magistrats français qui œuvrent pour une meilleure coopération judiciaire tant en matière civile qu'en matière pénale. C'est le cas de notre magistrat de liaison, Olivier Deparis, que je remercie pour la qualité de son travail.

Je ne voudrais pas terminer mon propos sans évoquer le drame qui a frappé Haïti le 12 janvier dernier. L'intervention particulièrement émouvante qu'a faite devant vous tout à l'heure le Vice-président de la Cour de Cassation d'Haïti, Maître Georges Moïse, nous rappelle que la Francophonie c'est d'abord la solidarité en faveur de ceux qui sont les plus durement éprouvés. Je forme donc avec Maître Moïse l'espoir que vos travaux tracent la voie d'une aide efficace et opérationnelle pour la mise en œuvre d'un projet d'appui à la justice en Haïti.

Je vous remercie à nouveau de votre présence ce soir et je suis heureux de donner à présent la parole à Monsieur Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de Cassation, qui représente comme vous le savez le Président Vincent Lamanda et que j'ai grand plaisir à accueillir dans cette maison où il est chez lui.

Allocution prononcée à l'ambassade de France au Canada

*Monsieur Ghaleb GHANEM,
premier président de la Cour de cassation
du Liban, président de l'AHJUCAF*

Excellence,

Au nom de l'association que j'ai l'honneur de présider,

Au nom de mes collègues, et en mon nom personnel, je tiens à vous remercier chaleureusement pour votre accueil, pour l'organisation de cette belle réception, et, tout spécialement, pour vos nobles pensées vis-à-vis de l'AHJUCAF qui ne cesse de déployer ses efforts pour promouvoir une culture juridique qui répond à ses aspirations et aux attentes des milieux juridiques internationaux.

Excellence,

C'est avec une grande joie et beaucoup d'espoir que nous sommes réunis pour renouveler notre implication dans tout ce en quoi nous croyons comme valeurs : les droits de l'homme, l'égalité devant la loi, la transparence, la bonne justice, la démocratie, les libertés fondamentales, la nécessité de la communication Tous ces grands mots que nous désirons traduire en actions.

Cette réunion ne peut que consolider notre action commune. Elle reflète l'émergence de la Francophonie dans le lancement des grands principes juridiques et des valeurs humaines les plus sublimes.

Notre congrès est organisé par l'un des réseaux institutionnels de la Francophonie : l'AHJUCAF.

La Francophonie est plus qu'une langue, elle est un langage. Langage de droit enraciné dans les plus solides traditions d'un système juridique, mais, en parallèle, portant les germes d'une grande ouverture et d'une parfaite compréhension de l'autre ... Langage de liberté exem-

plaire qui mène une bataille acharnée pour faire répandre une culture de liberté au monde entier. Langage de démocratie basée sur trois pôles complémentaires : les droits de l'homme, la primauté du droit, et la justice pour tous ... une justice indépendante, intègre, compétente, et surtout efficace ... une justice sans barrières et sans frontières.

Excellence,

Nous voilà rassemblés, venus des quatre coins du monde, pour dire notre attachement à un droit au service de la justice, à une justice au service de l'humanité. Notre présence à l'Ambassade de France au Canada, au sein de cette manifestation francophone, n'est qu'une preuve et un témoignage à cet attachement.

Permettez moi de terminer par souhaiter, à toutes et à tous, une excellente soirée et une bonne continuation des travaux prévus pour le lendemain.

Mardi 22 juin 2010

Atelier IV

La coopération et les cours nationales

Président de séance :

*L'honorable Thomas A. CROMWELL,
Juge à la Cour suprême du Canada*

L'action de l'Organisation internationale de la Francophonie dans le monde judiciaire

Madame Patricia Herdt, responsable de projets à la Délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme, Organisation internationale de la Francophonie (OIF)

La Francophonie fonde sa communauté tout à la fois sur une langue commune, des valeurs partagées et le respect de la diversité culturelle. Au nombre de ces valeurs, l'approfondissement de la démocratie et la consolidation de l'État de droit, et dans ce cadre, l'appui à une justice indépendante, efficace et accessible, constituent des objectifs cardinaux.

Dans son discours d'ouverture de la IV^{ème} Conférence des Ministres francophones de la justice tenue à Paris en février 2008, S.E. Monsieur Abdou Diouf, Secrétaire général de la Francophonie, rappelait ainsi l'enjeu majeur qui incombe à la justice : être efficace et de qualité pour que les individus aient confiance en elle et n'hésitent pas à la solliciter en vue d'apaiser les conflits. Ainsi, « il ne suffit pas d'instituer des mécanismes juridictionnels spécifiques et efficaces de protection de l'État de droit », il convient également de « contribuer à la diffusion d'une culture de la justice et des valeurs d'éthique qui s'y rattachent ».

Il est proposé, dans ce contexte, de revenir sur l'action menée depuis le début des années 1990 dans le monde judiciaire, en rappelant

la place centrale de la justice dans la programmation francophone de même qu'en précisant les contours et la portée de cette action.

I. Place centrale de la justice au sein des engagements francophones : principaux jalons de cette consécration

La résolution sur les droits fondamentaux adoptée par le Sommet de la Francophonie tenu à Dakar en 1989, a ouvert un nouveau champ de coopération francophone, en faveur de la promotion des droits de l'Homme et du développement de la coopération juridique et judiciaire. Le secteur de la justice devient alors un objet de mobilisation prioritaire, qui s'appuiera sur la tenue régulière d'une conférence ministérielle sectorielle.

La Conférence des Ministres francophones de la justice organisée au Caire en novembre 1995 a constitué une étape majeure, en procédant à l'adoption d'une déclaration ainsi que d'un plan d'action quinquennal établi autour de trois axes principaux : une justice indépendante, accessible et efficace ; une justice, garant de l'État de droit ; une justice, facteur de développement.

Les engagements souscrits, comme les actions menées au titre du programme de la coopération juridique et judiciaire, ont par la suite été pris en compte dans le corps de la Déclaration de Bamako, adoptée le 3 novembre 2000. Texte normatif et de référence de la Francophonie pour son action en faveur de la démocratie, des droits et des libertés, la Déclaration de Bamako a conféré une nouvelle dynamique à la dialectique État de droit/justice, considérés comme deux éléments constitutifs de la démocratie. Les États et gouvernements francophones se sont en effet engagés à Bamako en faveur de la « consolidation de l'État de droit » et, pour ce faire, « à renforcer les capacités des institu-

tions de l'État de droit, classiques ou nouvelles, et œuvrer en vue de les faire bénéficier de toute l'indépendance nécessaire à l'exercice impartial de leur mission » ainsi qu' « à assurer l'indépendance de la magistrature, la liberté du Barreau et la promotion d'une justice efficace et accessible, garante de l'État de droit (...) ».

Ce dispositif a été conforté en 2006, avec l'adoption de la Déclaration de Saint-Boniface sur la prévention des conflits et la sécurité humaine, puis l'adoption, le 14 février 2008, de la Déclaration de Paris à l'issue de la IV^{ème} Conférence des Ministres francophones de la Justice. Dans le suivi des précédents engagements, la Déclaration de Paris distingue trois domaines majeurs d'intervention : l'organisation et l'administration d'une justice indépendante et de qualité ; le renforcement de la justice comme élément de prévention de la fragilisation de l'État et de préparation des sorties de crise ; la promotion d'une justice et d'un droit facteurs d'attractivité économique et de développement des pays francophones.

Il y a là un socle d'engagements, de même qu'un mandat stimulant dont la portée se trouve aujourd'hui analysée à l'aune du bilan de la mise en œuvre de la Déclaration de Bamako dix ans après son adoption.

II. Atouts de l'action de l'OIF dans le monde judiciaire

La mobilisation de l'OIF, en accompagnement de ses États et gouvernements membres, présente un certain nombre de spécificités.

A. Une action qui s'appuie sur l'observation des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone

La fonction de collecte de l'information et d'analyse se présente comme nodale. Elle asso-

cie les différents partenaires institutionnels et de la société civile de l'OIF. L'objectif est de partager la connaissance des situations, dans la perspective de progrès concertés, à partir des pratiques utiles identifiées.

Conformément au chapitre 5 de la Déclaration de Bamako, l'observation et l'évaluation permanentes des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés et, en particulier, de la situation de la justice, constituent une activité centrale et structurante.

L'observation est menée à des fins de prévention des dysfonctionnements et d'ajustement de la coopération. Elle donne lieu notamment, au terme d'un processus qui associe les différents réseaux institutionnels de la Francophonie, à la publication, en amont du Sommet des Chefs d'État et de gouvernement francophones, du Rapport sur « l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone », étayé de recommandations appelées à soutenir l'ajustement régulier de la programmation francophone.

La logique de l'évaluation est ainsi placée au cœur de l'action francophone. Elle doit soutenir l'intervention en faveur d'une justice de qualité. Celle-ci, pour être approfondie, doit être mesurée de la façon la plus objective possible, afin de baliser l'accompagnement des réformes de la justice, d'identifier les dysfonctionnements et de contribuer à y remédier.

L'AHJUCAF, à l'instar de plusieurs réseaux ici représentés, apporte une contribution majeure à cette démarche (cf. travaux sur l'indépendance de la justice).

B. Une action qui s'appuie sur différents leviers et partenariats

L'idée force, maintes fois rappelée par les États et gouvernements francophones, est que soit

mise en exergue la spécificité multilatérale de l'action francophone et sa plus value, c'est-à-dire son caractère fédérateur, son aptitude à mutualiser les efforts de la communauté francophone et à aider à la présence et à l'expression francophones dans les concertations internationales.

L'intensification des partenariats et le développement de nouvelles synergies doivent conduire à des résultats toujours plus positifs, en termes de compréhension de l'action francophone, d'impact sur la situation réelle des citoyens francophones, d'appropriation des droits et d'effectivité renforcée des principes.

La spécificité de l'action francophone développée dans le monde judiciaire s'appuie tout d'abord sur la mobilisation des réseaux institutionnels et professionnels, rassemblant les institutions de compétences similaires des différents pays francophones (hautes juridictions de cassation - AHJUCAF, hautes juridictions africaines - AAHJF, procureurs et poursuivants - AIPPF, cours des comptes - AISCCUF, cours constitutionnelles - ACCPUF, barreaux- CIB ...). C'est un dialogue permanent qui est ainsi engagé avec les acteurs institutionnels. Les réseaux ont permis un maillage étroit du paysage institutionnel des États et gouvernements francophones. Ce partenariat, qui repose sur une logique multilatérale, reflète la diversité de l'espace francophone alors que l'OIF compte aujourd'hui 70 États et gouvernements membres.

Dans un environnement marqué par une certaine concurrence entre les Organisations internationales, le renforcement des capacités des réseaux, par le développement des logiques de concertation et de collaboration entre professionnels, s'avère déterminant.

La progression des réseaux francophones constitue une capacité originale de présence, de plaidoyer et d'influence de la Francophonie. Si les réseaux comptent parmi les partenaires

priviliés de l'OIF, il s'agit bien toutefois, pour la Francophonie, de ne pas interférer dans leurs dynamiques propres, ceci afin de préserver leur indépendance, condition de leur vitalité.

L'action francophone en Haïti, qui promeut très directement l'expertise des réseaux francophones, réseaux opérationnels, en est une illustration intéressante. Le document portant propositions d'actions de la Francophonie pour la reconstruction en Haïti prévoit ainsi la mobilisation de l'expertise des réseaux institutionnels francophones en appui aux institutions haïtiennes.

Ces efforts, dans le cadre de groupes sectoriels associant les représentants de différents réseaux méritent également d'être intensifiés.

La diversité des partenariats mis en œuvre se prolonge dans le cadre des coopérations tissées avec la société civile, à travers la Conférence francophone des OING ayant statut consultatif auprès de la Francophonie, de même qu'avec l'Université (en liaison avec l'Agence universitaire de la Francophonie - AUF) sur la problématique du dialogue des cultures juridiques.

Une coopération multiforme a également été développée avec les autres organisations internationales et régionales afin d'asseoir une réelle complémentarité entre l'action des différentes organisations.

A titre d'illustration, le rapprochement avec le Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme (HCDH) s'est traduit par l'adoption d'un cadre d'action commun qui prévoit, pour 2010 et 2011, de travailler à la mise en œuvre des instruments et mécanismes des droits de l'Homme, à la promotion des droits de l'Homme dans la prévention et le règlement des conflits ainsi que dans la consolidation de la paix, enfin à la promotion de la diversité et de la lutte contre toutes les formes de discriminations.

La coopération polymorphe bâtie avec la Commission européenne mérite également d'être soulignée. L'OIF jouit d'une situation privilégiée vis-à-vis des Institutions européennes, concrétisée par la signature d'un protocole d'accord avec la Commission européenne en août 2006.

Elle s'attache à mener une action d'information sur les potentialités des réseaux institutionnels de la Francophonie auprès de ses partenaires européens.

L'OIF et la Commission européenne œuvrent en effet sur des projets communs, à l'instar de la mise en œuvre du projet quadripartite d'appui à la justice en Haïti, en partenariat avec les autorités haïtiennes, en vertu d'un financement de l'Union européenne et du Canada (ACDI). Lancé en 2006, le programme est actuellement dans sa dernière année de déploiement. Ce projet a pour objet d'aider au renforcement des capacités de l'appareil judiciaire (ministère, juridictions et acteurs judiciaires) afin de rapprocher véritablement la justice des justiciables et de contribuer à la rendre plus rapide et indépendante.

Enfin, l'articulation avec les coopérations bilatérales des États membres de l'OIF mérite quant à elle d'être approfondie.

III. Répondre à l'ambition des engagements : éclairage sur les missions conduites dans les secteurs du droit et de la justice

La Délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme de l'OIF déploie cette activité conformément à la nouvelle programmation quadriennale 2010-2013 autour de trois axes d'intervention, dont un axe « Droit et justice ».

A la lumière des défis auxquels les justices nationales sont confrontées, et qui revêtent à la fois une dimension internationale (ratification de conventions, développement des processus d'harmonisation du droit...) et une dimension nationale

(notamment à travers la problématique des réformes de la justice), quatre secteurs principaux d'intervention peuvent être distingués.

A. Procéder au renforcement des capacités des institutions judiciaires et des praticiens du droit

Les récentes Journées des réseaux institutionnels (Paris, 18-19 mai 2010) ont souligné l'importance de renforcer la coopération francophone en s'appuyant sur l'expérience et le savoir faire des réseaux institutionnels partenaires, aux fins de l'élaboration de programmes de formation continue adaptés aux besoins des magistrats et de l'ensemble des auxiliaires de justice et principaux partenaires de la justice.

Des recommandations des réseaux, et en particulier de l'AHJUCAF, ont ainsi été exprimées pour appuyer les initiatives de formation sur des structures pérennes, créer des contenus de formation disponibles et gratuits, encourager les échanges entre les dispositifs de formation en vue d'une concertation permanente sur les pratiques les plus performantes, mutualiser les sessions de formation.

L'OIF appuie dans ce sens les initiatives de formation initiale et continue, dans un cadre international (cf. activités de formation proposées par l'AHJUCAF), régional (Centre international de formation en Afrique des avocats francophones - CIFA, Association africaine des Hautes Juridictions francophones - AAHJF, Maison du droit vietnamo française basée à Hanoï,...) - ainsi, si d'un point de vue géographique l'Afrique est demeurée le pôle majeur de la coopération francophone, d'autres initiatives se conjuguent à ces réalisations pour le développement des actions en Asie et en Europe centrale et orientale -, pour la tenue de formations spécialisées (avocats, greffiers, notaires,...) et/ou sectorielles (droit de la pro-

priété intellectuelle, droit OHADA, droits de l'enfant, droit pénal international ...).

La programmation francophone 2010-2013 prévoit également de redynamiser le réseau des responsables nationaux de la formation judiciaire afin, notamment, d'aider à la mise en place de politiques nationales de formation.

B. Relever le défi de l'accès et de la diffusion du droit

Ce deuxième projet vise :

- le renforcement de l'accès aux sources francophones de droit, grâce en particulier, aux technologies de l'information et de la communication. Les efforts entrepris pour relancer le portail « droit francophone », créé en 2003, appelé à référencer les sites juridiques des 70 pays membres de l'Organisation, de même que pour soutenir les structures nationales de gestion et de diffusion du droit s'inscrivent dans ce cadre. Les objectifs de ce site sont, d'une part, de réunir l'ensemble des données collectées et gérées directement par l'OIF et, d'autre part, d'offrir un accès immédiat à l'ensemble des données juridiques gérées par des opérateurs nationaux ainsi que par les réseaux francophones ;

- en second lieu, il s'agit, en promouvant l'expertise francophone, d'accompagner la modernisation des droits positifs nationaux. L'action francophone présente l'utilité de pouvoir être mise en œuvre sur le terrain rapidement et avec souplesse, qualité fondamentale pour aider au démarrage d'un programme de modernisation en attendant le déploiement des autres partenaires.

A titre d'illustration, l'OIF a organisé avec le concours des autorités togolaises, à Lomé en juin 2009, un séminaire d'échange sur les expériences de mise en œuvre des plans de modernisation de la justice dans différents pays

francophones (Bénin, Burkina Faso, Guinée, Mali, Niger, Tchad) à destination des praticiens du droit togolais et des représentants de la communauté internationale présents sur place, afin de mutualiser les expériences et d'identifier les écueils à éviter.

C. Promouvoir la diversité et le dialogue des cultures juridiques

La Francophonie défend une vision des relations internationale fondée sur le multilatéralisme en tant qu'il est le plus sûr vecteur de coopération et de paix et qu'il impose de veiller à la participation des pays francophones du Sud aux grandes négociations internationales.

Pour la Francophonie, la diversité juridique est un élément fondamental de la diversité culturelle. La diversité juridique renvoie dans cette lecture à l'idée d'un pluralisme utile des systèmes juridiques, sans hiérarchisation entre eux. Cette vision se fonde aussi sur l'idée que la diversité est synonyme de richesse, et donc d'efficacité. Le respect des traditions juridiques spécifiques doit ainsi s'appréhender dans une logique d'enrichissement mutuel.

C'est à la Francophonie qu'il incombe, tout naturellement, de mettre en exergue l'expertise juridique dans l'espace francophone et d'assurer sa promotion. Dans ce sens, l'action francophone soutient la présence des réseaux et des experts francophones dans les enceintes de négociations internationales, de même que leur mobilisation dans le cadre des forums internationaux, en tant que force de proposition pour faire valoir le patrimoine et la spécificité francophones auprès des organisations internationales et régionales.

L'OIF, conjointement avec le Groupement de recherches comparatives en droit constitutionnel, administratif et politique (GRECCAP) de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, a organisé en dé-

cembre 2009, un séminaire restreint sur « la diversité juridique dans l'espace francophone » en associant universitaires et praticiens du droit. Cette rencontre a permis de produire des conclusions sur les enjeux de la diversité juridique. L'activité s'est prolongée dans l'élaboration d'un premier annuaire des structures de recherche en droit comparé des pays francophones ainsi que d'un document identifiant les principaux travaux des organisations internationales et régionales intéressant la diversité juridique.

L'harmonisation du droit, et la simplification des règles juridiques qui en découle, ne doivent pas être perçues comme antinomique de cette diversité. Elles permettent de répondre à des mutations majeures qui réclament des rapprochements entre les économies et entre les droits.

L'OIF a en particulier encouragé, dès ses débuts en 1993, les développements de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et elle soutient la formation des praticiens du droit ainsi que la collecte de la jurisprudence nationale OHADA.

D. Répondre au défi de la prévention des crises et des conflits et à l'accompagnement des pays en situation de sortie de crise et de transition

Les précédents thèmes d'intervention évoqués se retrouvent dans l'assistance accordée aux États en sortie de crise.

La contribution de l'OIF se réalise également aujourd'hui dans le cadre de la promotion de la gouvernance démocratique des réformes des systèmes de sécurité. L'OIF entend en effet souligner l'importance d'une approche globale et intégrée des diverses réformes engagées dans les secteurs de la défense, de la police et de la justice, qui s'est imposée comme l'une des principales voies de promotion de la paix. En sou-

tenant ces réformes, l'OIF met en lumière les liens étroits existants entre les enjeux de la démocratie, de la sécurité et du développement.

La Francophonie se mobilise par ailleurs, conformément aux engagements francophones, en faveur de la lutte contre l'impunité. L'OIF contribue en particulier à la tenue de séminaires régionaux de formation et de sensibilisation des États francophones sur la Cour pénale internationale (CPI), qui constituent des moments de dialogue sur les enjeux de la justice pénale internationale. Ils visent à renforcer les capacités des juristes et à améliorer la coopération entre les professionnels du droit des États et la CPI, en renforçant et en harmonisant leurs connaissances du fonctionnement de la CPI.

En participant, début juin 2010 à Kampala, à la première Conférence de révision du Statut de Rome, l'OIF a souhaité accompagner ses États membres dans leur participation effective aux débats ; encourager la Cour dans l'affirmation de sa compétence universelle dans le respect de la souveraineté et de l'indépendance des droits positifs nationaux ; et réaffirmer sa disponibilité pour aider ses États membres à adopter toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre effective de leurs engagements vis-à-vis du Statut de Rome.

En conclusion, l'OIF s'attache à mener une action plurielle valorisant ses modes d'action spécifiques. L'intensification des partenariats, notamment avec les réseaux institutionnels et parmi eux l'AHJUCAF, et la consolidation des synergies déjà créées, constituent un enjeu permanent pour l'efficacité et donc la pérennité de l'action menée dans le secteur de la justice.

L'expérience de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones dans la circulation entre les hautes Institutions judiciaires

Monsieur Victor ADOSSOU, secrétaire général de la Cour suprême du Bénin et de l'Association africaine des Hautes juridictions francophones (AA-HJF)

C'est avec un réel plaisir qu'au nom de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF), je prends la parole à ce mémorable congrès de l'AHJUCAF qui se tient ici dans la belle cité d'Ottawa. La contribution qui est sollicitée de notre réseau vise le partage avec cet auguste assemblé, de l'expérience qu'il a capitalisée, depuis sa création, dans le processus d'internationalisation ou de circulation du droit et de la justice dans l'espace couvert par ses juridictions membres.

Je voudrais m'acquitter de cet agréable devoir, sous le contrôle bienveillant de Monsieur Saliou Aboudou, Président de la Cour Suprême du Bénin et Président du Conseil d'Administration de l'AA-HJF et des éminents membres de sa délégation que sont Messieurs Jean Baptiste Monsi, Procureur Général près la Cour Suprême du Bénin et Jacques Mayaba, Président de la Chambre Judiciaire de ladite Cour.

Mes propos, pour essayer de tenir dans le créneau horaire fixé par les organisateurs, s'articuleront autour des grands points ci-après :

- I. *Présentation sommaire du réseau AA-HJF, un outil d'intégration juridique et judiciaire au service de la consolidation de l'État de droit en Afrique.*
- II. *Les moyens d'internationalisation ou de circulation du droit et de la justice par l'AA-HJF.*
- III. *Les difficultés rencontrées par le réseau et les perspectives d'avenir.*

Je voudrais espérer que la démarche méthodologique ainsi proposée, me permettra de répondre aux attentes des organisateurs et des honorables participants au présent Congrès.

I. L'AA-HJF, un outil d'intégration juridique et judiciaire au service de l'État de droit en Afrique

A. Contexte et justification

Les années 1980 ont vu le souci des droits de l'homme prendre sur le plan international, un essor sans précédent. L'écroulement du mur de Berlin a favorisé l'émergence d'une gouvernance nouvelle fondée sur les règles démocratiques.

Les États africains ne sont pas restés en marge de cette dynamique. La faillite des régimes de pensée unique et de dictature militaro-marxiste léniniste a accéléré les mutations profondes qui se sont opérées au sein des sociétés africaines et dont les caractéristiques essentielles sont l'émergence de l'État de droit, de la démocratie et d'un développement basé sur l'initiative privée.

Ces nouvelles données politiques, économiques et sociales ont projeté les pays Africains devant les défis majeurs de notre époque en même temps qu'elles annonçaient les signes d'une entrée dans le troisième millénaire où l'exigence de démocratie et de développement durable sera au dessus de toute transaction.

C'est ce qui explique qu'en procédant à partir des années 1990, à la redéfinition des grandes options politiques et de développement de leurs peuples, les pays de l'espace africain francophone aient jeté les bases de l'édification de régimes de démocratie pluraliste.

Les nouvelles constitutions adoptées par ces pays à la faveur du renouveau démocratique, vont rendre compte de la volonté des peuples africains francophones, de construire des ré-

gimes de démocratie basés sur l'État de droit, perçu comme représentant la soumission des gouvernants et des gouvernés à la Constitution centrée sur la personne humaine, sur l'individu en tant que sujet de droit, un État fondé essentiellement sur la reconnaissance et le respect de la dignité et de la liberté de la personne humaine impliquant que l'homme est la fin première de la société.

Ces lois fondamentales inspirées des normes internationales universellement partagées, vont consacrer dans tout l'espace AA-HJF, le principe de la séparation des pouvoirs avec l'affirmation claire de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

La primauté du droit étant une caractéristique essentielle de l'État de droit, celui-ci ne sera à l'évidence réalisable que soutenu par un système qui, au quotidien, assure cette primauté.

Cette fonction essentielle de régulation dans un État de droit, est confiée aux Hautes Juridictions notamment constituées par les Cours Suprêmes, les Cours de Cassation, les Cours ou Conseils Constitutionnels, les Conseils d'État, les Cours des Comptes, les Hautes Cours de Justice.

Il apparaît ainsi que dans le processus de construction et de consolidation de l'État de droit, les garanties offertes par les Constitutions issues du renouveau constitutionnel en Afrique Francophone, sont essentiellement juridictionnelles.

C'est conscient de ces enjeux, du rôle et de la place du droit et de la justice dans cette nouvelle Afrique que des responsables de hautes juridictions africaines Francophones ont décidé de la création d'un cadre de concertation devant favoriser les échanges d'expériences et de jurisprudences entre les juges africains.

B. De la création de l'AA-HJF

Le 10 novembre 1998 neuf Chefs et représentants de hautes juridictions se sont retrouvés à

Cotonou où après avoir affirmé l'attachement des hautes juridictions à la construction de l'État de droit comme seul gage de développement et d'épanouissement dans la paix, des peuples africains et leur engagement pour l'enracinement d'une justice indépendante forte et efficace, prévisible et impartiale, ont décidé de porter sur les fonds baptismaux, un creuset dénommé "Association Ouest Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AOA-HJF)".

Très vite, le jeune réseau s'est agrandi et positionné comme un véritable outil d'intégration juridique et judiciaire à l'échelle du continent.

Le 14 juillet 2004 lors de ses 6èmes assises statutaires, l'Association fit le constat de ce qu'elle avait franchi les frontières Ouest Africaines et décida par conséquent de prendre la dénomination de "Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF)".

De neuf membres à sa création, l'Association est aujourd'hui forte de trente deux juridictions.

De caractère pluridisciplinaire, elle regroupe en son sein des Institutions nationales relevant des différents ordres de juridiction et compte aussi cinq juridictions communautaires.

On y retrouve en effet des Cours Suprêmes, des Cours de Cassation, des Conseils d'États, des Conseils ou Cours Constitutionnels, des Cours des Comptes, des Hautes Cours de Justice, la Cour de Justice et la Cour des Comptes de l'UEMOA, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, la Cour de Justice de la CEDEAO et la Cour de Justice de la CEMAC.

Il importe de signaler par ailleurs que toutes les juridictions de cassation que compte le réseau, sont également membres de l'AHJUCAF.

L'Association a le statut d'observation auprès de l'AHJUCAF et participe aux réunions de son bureau.

C. Les objectifs de l'AA-HJF

L'Association Africaines des Hautes Juridictions Francophones a pour objectifs de :

- Favoriser la coopération, l'entraide, les échanges d'idées et d'expériences sur les questions soumises à ses juridictions ou intéressant leur organisation et leur fonctionnement ;
- Promouvoir le rôle de ses juridictions dans l'uniformisation du Droit au sein des États membres ;
- Contribuer plus efficacement au renforcement du Droit et de la Sécurité Juridique et Judiciaire en Afrique en vue de la promotion et de la consolidation de la Démocratie et de l'État de Droit.

Pour atteindre ses objectifs, l'Association peut :

- Susciter, encourager, réaliser ou faire réaliser des études ;
- Diffuser ou contribuer à diffuser en direction de ses membres et, le cas échéant, de toute personne intéressée, des informations utiles sur l'Organisation et son fonctionnement, la jurisprudence de ses juridictions membres ;
- Éditer tous documents conformes à son objet ;
- Créer un ou des Centres de Documentation mis à la disposition de ses membres ou du public et publier un bulletin de droit et d'information.

Le siège de l'Association est fixé à Cotonou au Bénin et peut être transféré dans tout autre pays de ses juridictions membres.

Depuis bientôt 12 ans, le réseau s'attèle à atteindre les objectifs ci-dessus fixés par le déploiement d'un certain nombre d'actions. Dans le cadre de la présente communication, l'accent sera naturellement mis sur le volet circulation, internationalisation du droit et de la justice entre ses juridictions.

II. La circulation ou l'internationalisation du droit et de la justice par l'AA-HJF

L'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones aura incontestablement enregistré des avancées significatives dans le domaine de la coopération juridique et judiciaire entre ses juridictions membres.

Depuis 1998, année de sa création, l'Afrique de l'Ouest Francophone d'abord, puis toute la région africaine francophone ensuite, n'auront jamais enregistré autant de rencontres judiciaires initiées par les africains praticiens du droit sur des thématiques touchant directement à l'office du juge africain ou intéressant le fonctionnement de sa juridiction.

L'AA-HJF aura initié deux catégories d'échanges inter judiciaires qui ont constitué de véritables occasions de partage d'expériences, d'idées et de jurisprudences.

Il s'agit des colloques internationaux organisés chaque année, autour de thématiques d'actualité et depuis 2006, de sessions de formation ou de remise à niveau des magistrats des juridictions membres de l'Association dont les conclusions sont publiées dans les bulletins du réseau.

A. L'expérience des rencontres thématiques entre magistrats des juridictions membres du réseau

Au regard de la mission dévolue à la justice en général et aux hautes juridictions en particulier, les responsables du réseau AA-HJF ont très tôt jugé de la nécessité d'initier des rencontres devant permettre les échanges d'expériences et de jurisprudences entre les magistrats des hautes juridictions africaines francophones.

Ces rencontres sont organisées autour de thématiques appropriées touchant aussi bien à l'organisation et au fonctionnement des hautes juridictions africaines francophones qu'à l'office

du juge africain et intégrant la vision d'une justice africaine résolument mise au diapason des exigences de l'État de droit.

C'est ainsi que de 1998 à 2009, avec le soutien technique et financier de l'Organisation Internationale de la Francophonie, du Gouvernement du Bénin, pays siège et des autres États qui ont abrité ses assises, notre réseau a organisé d'importants colloques scientifiques internationaux dont les retombées sont notables sur la vie juridique et judiciaire de la sous région.

Au total douze thématiques les unes aussi pertinentes que les autres, ont fait l'objet de réflexion par des magistrats des juridictions membres, au cours de colloques réunissant chaque année, environ une centaine de participants.

Ces rencontres sont des occasions privilégiées d'échanges nourris entre juges qui se partagent ainsi les pratiques positives en cours dans les différentes juridictions.

A ces réunions d'échanges inter judiciaires, sont associés des membres des juridictions sœurs européennes notamment françaises (Cour de Cassation, Conseil d'État, Cour des Comptes) et d'universitaires aussi bien européens qu'africains.

L'expertise avérée qu'apportent ainsi les partenaires du Nord et les théoriciens du droit à ces rencontres thématiques, met en relief, l'universalité du droit et le régime de responsabilité qui doit être celui du juge dans la construction de sociétés humaines modernes basées sur la force du droit et de la justice.

Un rapide survol du tableau synoptique de ces rencontres thématiques joint en annexe au texte de cette communication, permet d'indiquer qu'elles se sont tenues autour de la récurrente question de l'indépendance du pouvoir judiciaire, de la forme d'organisation des hautes juridictions africaines, de l'application du droit international dans l'ordre juridique interne des

États africains, des contrariétés de décisions entre les hautes juridictions judiciaires, administratives et constitutionnelles, du coût et du rendement du service public de la justice, de l'exécution des décisions de justice, de l'expérience des juridictions communautaires africaines notamment la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA pour ne citer que ces thématiques là.

A l'occasion de la célébration, le 15 janvier 2004 à Cotonou, du cinquième anniversaire de sa création, le réseau, procédant au bilan critique de ses actions notamment dans le domaine des échanges inter judiciaires, a décidé de l'adoption d'un plan d'action qui intègre l'élaboration d'une planification de la formation continue des animateurs de ses juridictions membres.

B. De la tenue des sessions de formation

Les résultats encourageants auxquels le réseau est parvenu avec l'organisation chaque année de colloques scientifiques, ont décidé ses responsables à envisager la formation continue des animateurs des hautes juridictions africaines.

L'État de droit ne peut se construire en effet sans une justice forte, efficace et indépendante.

C'est ainsi que l'Assemblée générale du réseau réunie à Lomé le 6 juin 2006, a adopté un plan de formation commun à toutes les juridictions membres.

Le plan de formation s'est proposé d'apporter et de partager une réponse à la nécessité de faire acquérir de nouvelles connaissances aux animateurs des hautes juridictions membres afin de leur permettre de s'adapter aux exigences de l'évolution du droit et des différentes réformes en cours au niveau des États et au plan communautaire et international.

Le premier plan de formation qui couvre une période de cinq ans allant de 2006 à 2010, a été conçu autour de la vision qu'en 2010, l'Associa-

tion sera composée de juridictions animées par des magistrats plus outillés au regard de l'évolution des normes nationales et internationales et capables de s'adapter aux exigences de l'État de droit.

La mise en œuvre de ce plan de formation a aussitôt démarré avec le soutien technique et financier de l'Organisation Internationale de la Francophonie.

En effet, la première session de formation de juges de l'Association, s'est tenue du 18 au 22 décembre 2006 à l'École Régionale Supérieure de la Magistrature à Porto-Novo (Bénin) et a regroupé plus de cent magistrats venus de toutes les juridictions membres du réseau, qu'il s'agisse des Cours Suprêmes, des Cours de Cassation, des Conseils d'État, des Cours des Comptes, des Cours ou Conseils Constitutionnels ou des Juridictions Communautaires des espaces UEMOA et OHADA.

L'évaluation critique faite par les participants à cette première session, a permis de se rendre compte de l'atteinte des objectifs poursuivis et de procéder aux réajustements jugés nécessaires au plan pédagogique et technique.

C'est à l'aune des riches enseignements tirés de cette première expérience qu'une seconde session a été organisée du 10 au 14 septembre 2007 concomitamment à l'École Régionale Supérieure de la Magistrature à Porto-Novo et à l'hôtel Alédjo de Cotonou.

Cette deuxième session a pris l'option d'une approche plus pratique en privilégiant les échanges en atelier selon les divers ordres de juridiction réunis au sein de l'Association.

L'originalité de cette deuxième session de formation aura résidé dans la participation de magistrats des juridictions du fond (Procureurs de la République, juges d'instruction et des chambres d'accusation) conviés aux travaux de cette session.

Conformément au plan de formation adopté, une troisième session de formation a été organisée à

l'École Régionale Supérieure de la Magistrature à Porto-Novo du 22 au 24 septembre 2008 et a regroupé comme les deux premières, des représentants de la quasi-totalité des juridictions membres de l'Association.

La quatrième session a été organisée au profit des juges du fond sur la thématique de la protection judiciaire des droits des enfants.

Il convient d'indiquer que la Cour de Cassation, le Conseil d'État et la Cour des Comptes de France appuient le réseau dans la tenue de ses sessions de formation en mettant à sa disposition, des magistrats qui entretiennent les participants sur des thématiques déterminées. Des professeurs d'Université sont également associés à l'animation pédagogique de ces sessions de formation. La formation se déroule en deux phases. Les sessions plénières regroupent les magistrats de tous les ordres de juridiction autour des sujets de portée plus générale mais relatifs à l'office du juge tels que le délai raisonnable, la réception en droit interne des normes internationales, l'œuvre prétorienne des hautes juridictions, le rôle du ministère public près une haute juridiction etc. A la suite des séances plénières, les participants rejoignent les ateliers plus spécifiques à chaque ordre de juridiction.

La tenue des 10^e assises de l'Association a offert l'occasion d'une évaluation critique de ces premières sessions de formation au regard des objectifs poursuivis.

L'expérience a été jugée positive et des recommandations ont été formulées aux fins de poursuite de cette initiative qui vise le renforcement des capacités d'intervention des magistrats des hautes juridictions membres de l'AA-HJF par l'appropriation des pratiques positives et des normes internationales.

C. De la diffusion du droit et des actes des rencontres scientifiques de l'AA-HJF

Conformément aux dispositions de l'article 5 de

ses statuts, l'AA-HJF s'efforce depuis sa création, de diffuser en direction de ses membres et de toute personne intéressée, des informations utiles sur l'Association et son fonctionnement et la jurisprudence des juridictions membres.

Deux organes de publication permettent à l'AA-HJF de diffuser le droit.

Il s'agit d'abord de la La Voix de l'Intégration Juridique et Judiciaire Africaine (VJJA) qui est la revue semestrielle de droit et d'information du réseau.

L'Association en est à sa huitième publication.

Cette revue dirigée par son directeur de publication qui est le Président de la Cour Suprême du Bénin, Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF, est animée par un comité scientifique composé des Présidents des hautes juridictions membres du conseil d'administration de l'Association et de professeurs agrégés de l'Université de St Louis au Sénégal, de l'Université de Ouagadougou au Burkina Faso, de l'Université de Cocody en Côte d'Ivoire et de l'Université d'Abomey-Calavi au Bénin.

"La Voix de l'Intégration Juridique et Judiciaire" est l'organe par lequel la jurisprudence des juridictions membres de l'AA-HJF est diffusée ainsi que des articles de doctrine sur des sujets de droit de préoccupation majeure en Afrique francophone.

Le deuxième organe du réseau est dénommé "Les Cahiers de l'AA-HJF". Il est de parution annuelle.

Par cet organe, le réseau publie les actes des colloques et autres sessions de formation qu'il organise chaque année.

Ces deux organes de diffusion du droit et de la jurisprudence sont placés auprès de toutes les juridictions membres du réseau aux fins d'acquisition par les magistrats et les autres animateurs du pouvoir judiciaire de l'espace couvert par l'Association.

Les deux bulletins sont également disponibles dans des librairies de certaines capitales africaines ainsi

que dans des bibliothèques universitaires. Certaines Universités européennes ont souscrit des abonnements s'agissant surtout de la "VJJA".

Depuis quelques années, ces bulletins qui se veulent des instruments de liaison et de diffusion du droit, de la jurisprudence et de la législation pour une intégration juridique et judiciaire africaine au service du développement socio-économique, sont publiés en version électronique.

En appui à ces efforts de diffusion, le réseau s'est doté d'un site web aux fins de constituer un fonds d'archives numériques et de s'ouvrir ainsi sur le reste du monde en assurant la visibilité de la production judiciaire de ses juridictions membres.

Du fait d'un certain nombre de difficultés, ce site ne fonctionne pas aujourd'hui à la hauteur des ambitions du réseau.

Il a besoin d'être repensé aux fins de sa dynamisation.

La diffusion du droit dans l'espace AA-HJF reste en tout cas, une problématique, un défi que se doit de relever le réseau s'il tient à jouer son rôle d'outil précieux au service de l'intégration juridique et judiciaire de l'Afrique francophone.

III. Des difficultés et des perspectives

A. Des difficultés rencontrées par le réseau dans la circulation de l'information juridique et judiciaire

S'il est indéniable que les échanges inter judiciaires, qu'ils se déroulent sous la forme de colloques scientifiques ou de sessions de formation qu'organise le réseau AA-HJF, constituent des occasions privilégiées de partage de pratiques judiciaires et de diffusion de la jurisprudence africaine, il n'en demeure pas moins vrai que cette expérience a des limites eu égard au nombre restreint des praticiens du droit et des autres participants qui y prennent part.

Les deux bulletins de diffusion du réseau, du fait des difficultés de leur placement et de leur écoulement, ne contribuent pas comme cela est souhaité, à l'objectif de diffusion, à l'échelle du continent, du droit et de la jurisprudence que s'est assignée l'Association.

Or, la concrétisation de l'État de droit suppose ou commande que le droit à travers toutes ses sources, la loi, le règlement, la jurisprudence et la doctrine soit diffusé de façon permanente et efficace.

Le site web de l'Association n'a pas répondu aux attentes des responsables du réseau. De nombreuses difficultés techniques liées à son hébergement et à son animation, ont hypothéqué la mise de cet instrument au service de la diffusion du droit dans l'espace africain francophone.

A ces difficultés techniques, il convient d'ajouter que l'outil informatique s'est diversement installé dans les hautes juridictions africaines francophones. Pendant qu'il intègre de façon notable les mœurs de certaines juridictions, il est quasiment absent dans bien d'autres.

Mais face aux enjeux et aux exigences de l'État de droit, le réseau a décidé de se doter d'un outil plus efficace de diffusion du droit.

B. Les perspectives d'avenir

Les objectifs qui sont ceux de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones ne peuvent être atteints sans un support technique approprié de diffusion qui réponde aux exigences des technologies de l'information et des communications.

Aussi le réseau a-t-il réfléchi à la création d'une banque de données législatives et jurisprudentielles à la hauteur de ses légitimes ambitions.

Il s'agira de créer une base documentaire alimentée par la transmission des principaux textes législatifs de tous les pays de l'espace AA-HJF (lois fondamentales, loi d'organisation judiciaire, loi or-

ganisant les hautes juridictions, les différents codes de procédures, etc.) et des décisions rendues par les hautes juridictions membres de l'Association.

Ces textes et décisions pourront être consultés sur internet par les magistrats des juridictions membres.

Grâce au soutien de l'un de ses partenaires, l'Organisation Non Gouvernementale, Open Society Initiative for West Africa (OSIWA), le réseau a procédé au recrutement d'un cabinet d'expertise à la suite d'un appel à candidature. C'est le cabinet "Solution Informatique Durable" (SOLID) du SENEGAL qui a réalisé l'étude de faisabilité de ce projet.

L'expert s'est largement inspiré dans ses propositions, du projet JURICAF que pilote à la satisfaction générale, l'AHJUCAF.

Afin d'éviter les perturbations dues à l'hébergement du site internet de l'Association et de garantir le nom du domaine du site, il est envisagé, sur les conseils techniques de l'AHJUCAF, de le faire héberger sur les serveurs de l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF).

La création de la banque de données législatives et jurisprudentielles donnera plus de visibilité aux actions de l'AA-HJF et permettra de garantir la fluidité des échanges entre les juridictions membres.

Aussi les responsables du réseau s'emploient-ils à rechercher et mobiliser, le financement nécessaire à la création de cette banque de données.

La participation de notre réseau aux présentes asises de l'AHJUCAF offre à ses représentants, une occasion privilégiée d'écoute et d'imprégnation des expériences diverses qui s'expriment depuis hier ici.

Nous en tirerons les meilleurs enseignements pour nourrir davantage le combat que le réseau AA-HJF mène en Afrique pour une intégration juridique et judiciaire au service de l'universalité du droit et de la justice.

Je vous remercie de votre bienveillante attention.

IV. Tableaux synoptiques des rencontres thématiques de l'AA-HJF depuis sa création (1/2)

N°	Thème du Colloque	Date	Lieu	Partenaires associés
1	Le contentieux électoral et l'État de droit	11 - 12 nov 1998	Cotonou (Benin)	Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) État béninois
2	Le contrôle juridictionnel de la décentralisation	3 - 4 avril 2000	Cotonou (Benin)	Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) État béninois
3	La problématique de l'indépendance du pouvoir judiciaire en Afrique de l'Ouest	18 - 19 nov 2000	Niamey (Niger)	Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) État Nigérien
4	Le juge suprême et la gestion du contentieux des élections locales			
5	L'opportunité de l'éclatement ou non des Cours suprêmes en plusieurs juridictions distinctes.	13 - 16 mai 2002	Cotonou (Benin)	Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) État Béninois
6	L'application du droit international dans l'ordre juridique interne des États de l'Afrique francophone	24 - 26 juin 2003	Ouagadougou (Burkina FASO)	Organisation International de la Francophonie (OIF) État burkinabèM

IV. Tableaux synoptiques des rencontres thématiques de l'AA-HJF depuis sa création (2/2)

N°	Thème du Colloque	Date	Lieu	Partenaires associés
7	L'État de droit et la séparation des pouvoirs	13 - 15 janvier 2004	Cotonou (Benin)	Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) Fondation Internationale des Systèmes Électoraux (IFES) État béninois
8	Les contrariétés de décisions entre les hautes juridictions constitutionnelles, administratives, judiciaires et des comptes	15 - 17 juillet 2004	Bamako (Mali)	Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) État malien
9	Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA : Bilan et perspectives d'avenir	7 - 9 juin 2006	Lomé (Togo)	Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) État togolais
10	Coût et rendement du service public de la Justice dans l'espace AA-HJF	1 - 3 nov 2007	Bissau (Guinée)	Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) État Bissau guinéen
11	l'exécution des décisions de justice dans l'espace AA-HJF	10 - 18 nov 2008	N'djamena (Tchad)	Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) État tchadien
12	la protection des droits de l'enfant par les juges africains francophones	17 - 19 déc 2009	Cotonou (Benin)	Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) État béninois

Droit francophone et droit continental

*Monsieur Jean du Bois de Gaudusson,
professeur agrégé en droit public,
président honoraire de l'Agence
Universitaire de la Francophonie*

Il faut avouer un certain embarras pour traiter le sujet qui nous a été proposé tant on est tenté de douter de sa pertinence ... Nous nous sommes demandé si sa seule justification n'était pas d'ordre institutionnel et ... personnel, liée à notre parcours et aux liens que nous avons : d'une part avec la francophonie, [dont nous avons présidé un des opérateurs, l'A.U.F., et où nous exerçons des activités juridiques, voire juridictionnelles et constitutionnelles dans les pays francophones d'autre part, avec la Fondation pour le droit continental, au Conseil scientifique de laquelle nous sommes un des trois professeurs français à siéger

Nous pourrions, pour échapper au piège que constitue ce sujet, évoquer longuement les activités de l'une et de l'autre en ce qu'elles concernent les pays francophones et leurs droits. On préférera renvoyer à leur site internet (www.fondation-droitcontinental.org; <http://droit.francophonie.org>) et à leurs publications. Reste que de par nos appartenances et engagements nos propos ne seront pas neutres ; mais, on le verra, ces deux appellations et l'usage que l'on en fait explique aussi que le sujet ne puisse être traité aussi scientifiquement qu'il conviendrait pour un universitaire.

Un autre embarras tient au lieu où nous nous trouvons : Ottawa et le Canada qui abritent des universités et des Facultés de droit où exercent des universitaires très savants sur le sujet, n'hésitant pas à aborder le droit continental en anglais et à étudier le droit Common Law en français ... Mais il est vrai et c'est une source d'un autre encore plus sérieuse, ni les uns ni les autres ne font référence à un quelconque « droit francophone » et rarement au « droit continental » auquel il est pré-

féré « droit civil » ou « Civil Law ». Cette hésitation sur les appellations est un indice de la difficulté qu'il y a à donner une définition de ces deux « droits » satisfaisant aux exigences du comparatisme et de la science juridique ; toute l'ambiguïté du sujet en découle.

I. Des « droits » introuvables ?

C'est par cette interrogation qu'il convient de commencer : n'est-on pas en présence de « droits » introuvables dans la mesure où ils échappent à toute conceptualisation et ne désignent aucune réalité précise ou unanimement admise ?

La question se pose d'abord et surtout pour le « droit francophone », qui apparaît comme un objet non identifié, non identifiable et sans pertinence scientifique ...

Plusieurs arguments, ou simples constats, vont dans ce sens.

Un premier obstacle à l'identification d'un « droit francophone » tient à une construction terminologique qui emprunte à la fois à la science juridique (droit) et à la linguistique (francophone). Il y eût historiquement une tendance à insister sur l'intensité des liens entre le français et le droit ; et l'on avait coutume de dire que l'on raisonne le droit en français ; mais, au moins à l'époque actuelle, il s'agit plus d'une spéculation intellectuelle ou d'un projet politique (on y reviendra) que d'une réalité avérée. Pour beaucoup de juristes, la langue française serait aujourd'hui encore supérieure à d'autres ; elle est jugée plus adaptée, plus précise que, par exemple, l'anglais, la preuve apportée en étant la nécessité d'insérer dans les contrats internationaux réalisés en anglais d'un lexique ou d'un glossaire définissant des mots et des expressions juridiques utilisés. L'argument est loin d'être dénué de pertinence, mais il pourrait concerner d'autres langues (l'allemand ...) et il

faut bien admettre que le droit se conjugue en d'autres langues que le français ...

Une observation rapide du monde contemporain montre, en outre, qu'il n'existe pas un droit commun aux États francophones, quelle que soit la définition donnée de l'ensemble formé par les États francophones, que ce soit ceux ayant la langue française comme langue officielle, nationale ou principale, ou ceux appartenant à la communauté institutionnelle et politique que constitue la Francophonie aujourd'hui principalement incarnée par l'Organisation Internationale de la Francophonie.

Il est certes visible qu'à des exceptions près ... (la restriction est évidemment majeure...), le monde francophone présente une relative unité juridique résultant de l'influence prépondérante du droit français c'est-à-dire du droit continental, du Civil Law avec ce que cela signifie de rôle de l'écrit et de la place occupée pour la codification. Une série de grandes théories et constructions communes ont été effectivement reprises en droit français, conséquence de la politique coloniale et étrangère de la France et de la diffusion de son droit ; le droit français est la matrice de la plupart des droits de l'espace francophone, en même temps que le vecteur de l'expansion du droit romano-germanique. Cette influence est incontestable ; mais elle n'autorise pas à confondre droits de la Francophonie et droit français, et en tout cas, elle ne permet pas d'identifier un « droit francophone » sauf à considérer, comme le laissent à penser certains affichages parfois utilisés pour présenter des filières universitaires, que le droit francophone serait le droit français tel qu'appliqué en France et dans quelques pays marqués plus que d'autres par l'influence française. On voit les limites d'une telle acception à la fois particulièrement réductrice et infidèle à la réalité juridique des pays en question.

Est-il encore utile d'insister sur la caractéristique d'un « espace francophone » se partageant en

effet en plusieurs grandes familles de droit, romano germanique, common law, musulman, et traversé par d'autres clivages, soulignés par les comparatistes (Raymond Legeais), par exemple entre droits européens et extra-européen ? Au sein d'un même État, coexistent des droits appartenant à des systèmes juridiques différents. Et se construisent des mosaïques de systèmes juridiques qui se démultiplient encore selon les citoyens et les rapports qu'ils entretiennent avec le droit. Les juges de l'espace francophone sont les mieux placés pour mesurer les combinaisons et les interactions. On a quelque fois écrit « osez le pluralisme juridique » et judiciaire (Étienne Leroy) ; mais les juges plus que d'autres savent que celui-ci existe et qu'il faut bien en assurer la gestion.

La cause est entendue ; il n'existe pas un système de droit francophone, ni même une famille de droit francophone, avec ce que cela signifie d'unité, de cohérence, de techniques propres et d'autonomie.

Si l'on en juge par les évolutions contemporaines des systèmes juridiques et les opinions doctrinales qui les accompagnent et les nourrissent, le « droit continental » n'est pas à l'abri d'une interrogation existentielle, comparable, même si les termes en sont différents.

Qu'il soit romano-germanique pour reprendre l'épithète de René David ou droit civil / Civil Law comme l'on dit couramment, le droit continental semble lui aussi échapper à toute définition précise. Nombre de comparatistes renoncent à y voir une catégorie homogène, divisée qu'elle est en sous-groupes, en différentes versions, européennes (allemande, française, italienne) ou extra-européennes. Le propos vaut pour les pays du sud, de succession française dont les systèmes juridiques ne sont pas la duplication du droit français ; l'OHADA, ce lieu géométrique du droit romano-germanique et de la francophonie, en offre un bon exemple.

Les métissages et échanges rendent les frontières incertaines et brouillent les classifications. Les juristes s'accordent sur la difficulté d'identifier les uns et les autres, quand il s'agit de rendre compte du fond du droit, des règles et solutions communes. Le professeur Joseph Issa-Sayeg a ainsi pu en faire la démonstration pour le droit des obligations qui « subit le contre-coup du développement jurisprudentiel de nombreuses de ses parties et de la confrontation avec les autres systèmes juridiques que les relations internationales de droit privé lui imposent au point que les pays européens, sont, aujourd'hui, à la recherche d'une standardisation de leurs normes à cet égard. La proposition de lois modèles et l'établissement de principes juridiques communs, soit à l'échelle régionale ou continentale, voire mondiale, tendent à altérer une spécificité du droit français dont la doctrine et le législateur se réclamaient ».

On se gardera de prolonger cette interrogation ; la science peut hésiter ... mais, en revanche et après tout, comme l'a relevé le Doyen Paul Gérard Pougoué, de l'Université de Yaoundé, lui aussi confronté à l'identification du droit francophone, mais le propos vaut aussi pour le droit continental « la règle normative marque le droit. Ce serait donc une erreur épistémologique grave que de prétendre étudier le droit avec une objectivité scientifique ». Cette affirmation revêt sa pleine vérité dans une situation à laquelle sont confrontés, plus que jamais aujourd'hui des systèmes juridiques en compétition, voire en rivalité dans le monde. C'est précisément ce contexte et cette posture qui donnent son sens, tout son sens, à l'un comme à l'autre de ces « droits ».

II. Et pourtant ils existent ...

Et nous les avons rencontrés, approchés différemment, non plus dans une perspective purement juridique et positive mais plus politique et

stratégique. Ces deux « droits » se situent à un niveau institutionnel et organique et trouvent leur fondement dans les usages que les institutions en font. Il s'agit principalement, dans un cas comme dans l'autre, mais à des degrés divers et selon des raisonnements qui ne coïncident pas- de donner un sens sur le plan du droit à un engagement ... qui veut influencer une réalité, d'abord juridique.

Au moment où les comparatistes modernes sont saisis par le doute et s'interrogent sur la pertinence de la taxinomie héritée de l'histoire, ces appellations sont utilisées et, sont au centre d'enjeux considérés comme stratégiques, tant et si bien qu'il devient difficile de n'y voir que deux coquilles creuses, se vidant peu à peu ou impossibles à remplir.

La protection, la promotion et la défense des réalités juridiques qu'elles désignent constituent pour une série d'acteurs un des défis essentiels dans le monde dont on ne peut faire abstraction. Aujourd'hui, plus que jamais, s'est créé un véritable marché du droit animé par ce qu'il faut bien appeler une « concurrence entre les systèmes juridiques » ; marché où se mesure l'attractivité économique comparative des uns et des autres, ainsi que la capacité, à protéger des droits de l'homme et les libertés publiques ; une concurrence qui se transforme parfois en affrontement ; une concurrence qui est aussi à l'origine de réactions face aux mouvements de mondialisation, faits d'échanges économiques, d'harmonisation des systèmes juridiques mais aussi d'expansion d'un droit, d'une langue et d'une économie.

C'est dans un tel contexte, ceci expliquant cela, qu'apparaissent et prennent un sens les expressions « droit francophone » et « droit continental », correspondant à l'émergence de projets, politiques, de défense d'un certain nombre de valeurs, principes et normes juridiques, liés, à un héritage, à des histoires et des cultures. Dans un

monde de concurrence inéluctable, et vécue comme telle, et pas seulement sur le plan juridique il s'agit de défendre tel ou tel système juridique ou un certain nombre d'éléments d'un système juridique mais aussi de les construire à partir de traits caractéristiques qui en font - ou en feraient à certains égards- la spécificité et leur donnent une réalité.

C'est l'ambition plus ou moins explicite de volontés portées par des institutions qui s'attachent à donner une identité à un corpus plus ou moins élaboré, plus ou moins homogène, considéré comme essentiel tant par les valeurs qu'il est appelé à porter que par le rôle qui lui est impartit dans le monde.

Ce projet est particulièrement net pour le droit continental dont les pays qui s'y rattachent s'organisent dans ce sens. La Fondation pour le droit continental en est un exemple, à tous égards topique : née dans un contexte international marqué par une progression du droit du Common Law, et à certains égards une offensive de milieux juridiques et économiques d'inspiration anglo-américaine, dont un des symboles est la publication depuis 2004 du fameux rapport Doing business. La Fondation réunissant juristes et économistes s'attache à promouvoir l'influence de la tradition civiliste et à mettre en exergue ses atouts, tout particulièrement dans son application économique. Comme le font d'autres institutions, pour d'autres droits (voir par exemple les initiatives du barreau américain ou l'international financial services foundation britannique), la Fondation se livre à une véritable politique de communication et de lobbying mettant en valeur, au-delà des diversités réelles, les caractéristiques du droit continental qui sont présentées, à juste titre, comme autant d'atouts pour la protection des citoyens, et l'accueil et la sécurité des entreprises. Les travaux de la Fondation pour le droit continental et d'autres institutions telles l'asso-

ciation H. Capitant sont trop connus pour que l'on développe ce fonds commun de règles faisant la force du droit continental : plus accessible, car largement synthétisé sous forme de code, axé sur la prévention des litiges et la sécurité juridique des échanges, soucieux de l'équilibre entre les parties du contrat, plus ouvert à toutes les sources du droit, moins coûteux, plus réceptif aux valeurs de justice sociale en lesquelles on voit la finalité du droit,...

Du côté de la Francophonie, la démarche est différente, ne serait-ce qu'en raison de l'impossibilité de se référer à un droit francophone. Tout au plus peut-on considérer qu'il existe une culture juridique francophone que la Francophonie et ses institutions (OIF, ses opérateurs et ses réseaux professionnels dont l'AHJUCAF ou l'ACCPUF sont de bons exemples) se sont assignés comme objectif de forger et de diffuser au sein de l'espace francophone mais aussi à l'extérieur. Dans ce sens, malgré la diversité des droits de ses membres, la Francophonie développe une approche commune du droit ; un défi qu'elle s'est lancé est d'être un espace de droit ; non pas dans le sens habituel d'espace juridique unifié mais plutôt de communauté animée par l'idée et l'idéal de droit. Elle érige en but à atteindre et, en principe, en obligation pour ses membres le respect du droit et des valeurs que celui-ci exprime et qu'il doit désormais exprimer.

En définitive, c'est toute une culture juridique que développe et entretient la francophonie faite de priorité à la régulation juridique, au respect de la hiérarchie des normes, au caractère démocratique des systèmes juridiques, à la promotion du pluralisme juridique et de la diversité, à la recherche systématique du consensus dans les processus de prise de décision..., qui sont au cœur des actions des institutions et des opérateurs de la Francophonie.

Par le jeu des relations complexes qui se nouent au sein de la Francophonie entre gouvernants,

acteurs du droit et de la société, il se dégage des principes juridiques communs, des orientations, des « objectifs juridiques », des pratiques, alimentant la réflexion des jurisléateurs rapprochant les productions normatives, harmonisant les droits en vigueur. Ces mouvements sont de portée variable, selon les domaines, selon les systèmes juridiques, dont plusieurs ont partie historiquement liée ; ils s'effectuent aussi dans des aires à surface variable et à des niveaux différenciés de la hiérarchie des normes juridiques. A défaut de promouvoir un impossible ordre juridique commun et uniforme, la Francophonie peut se prévaloir d'une méthodologie et d'un processus de valeurs qui lui donne une originalité.

A cet égard, par ses vertus et ses avantages, le droit continental - auquel la plus grande partie des membres de la Francophonie appartient ou puise son inspiration- est un atout précieux pour atteindre ces objectifs : accès au droit, accès au juge ..., et donner un contenu aux valeurs de solidarité, de justice sociale assignée aux États. C'est là l'utilité de reconnaître sinon un droit francophone dont on est loin ...du moins, un droit de la francophonie, une culture juridique diffusée par la francophonie dont c'est un élément majeur du projet politique qu'elle promeut ?

On pourra juger excessive la valorisation du droit continental et radicale l'opposition parfois faite avec le droit Common Law; de même la construction sinon d'un droit francophone ou du moins d'un droit (d'une culture) de l'espace francophone, au-delà de la diversité de ses droits à paraître à beaucoup très volontariste et politique. Mais dans les deux cas, en recherchant une identité et une unité, il s'agit d'atteindre un même objectif, désormais clairement proclamé, celui de faire respecter, d'assurer et de promouvoir la diversité juridique dans le monde, de défendre cette « juri-diversité », complémentaire des autres composantes de la diversité. Ces références et les institutions et projets auxquels ils

correspondent se présentent comme des marqueurs dans un monde traversé de tendances hégémoniques, parlant d'autres langues que le français, utilisant d'autres droits que le droit continental, civil, romano-germanique et où se construit, nolens volens, le droit de la mondialisation ou plus exactement de la globalisation. Un des motifs de la défense du droit continental et du droit francophone est la préservation de la diversité sous ses différentes formes juridiques mais aussi culturelles, linguistiques, sociales... On pourra certes s'interroger sur une valorisation de la diversité en laquelle on voit un facteur de progrès et d'innovation et que l'on a tendance aujourd'hui, à transformer en fin en soi et même en dogme. Quelque soient les fonctions qu'elle remplit, et qu'on lui attribue, il en est une qui est de justifier et légitimer le combat mené pour la promotion du français et la défense du droit continental ; ainsi que l'affiche la Fondation éponyme « *la richesse, l'évolution et l'application d'un droit diversité est nécessaire et passe par la mise en situation de compétition des différents systèmes de droit* » et d'ajouter « *c'est dans ce contexte que la Fondation pour le droit continental a été créé pour renforcer le rayonnement du droit continental et contribue à l'équilibre juridique mondial* ».

Et les juges ? Les juges du monde francophone, tels qu'ils sont représentés aujourd'hui par l'AH-JUCAF, qu'il faut remercier d'avoir choisi un thème de colloque qui alimentera le fameux - et ... contesté- dialogue des juges ? Le rôle qui incombe aux juges, francophones, qu'ils soient de pays de droit continental, quelle qu'en soit la version, ou de droit de Common Law est de se livrer à ce délicat arbitrage entre des sources de droit diverses et à résoudre les affrontements juridiques et les conflits juridico - linguistiques qui leur sont soumis. C'est à eux aussi qu'il revient de donner une réalité, une consistance et une attractivité à ces deux univers si distants

mais aussi proches, symbolisés, incarnés par des appellations que les spécialistes comparatistes nous pardonneront de justifier et, au moins pour l'un d'entre eux, d'utiliser malgré tout, mais à certaines conditions ...

La réforme des systèmes de sécurité dans l'espace francophone

Madame Niagalé BAGAYOKO-PE-NONE, chercheur spécialisée en Sécurité et Développement (Université du Sussex - Royaume-Uni)

La notion de « Réforme des Systèmes de Sécurité » (RSS) s'est développée et diffusée depuis la fin des années 90 et s'est imposée comme l'une des activités vouées à prévenir les conflits et consolider la paix dans les États en proie à l'instabilité. Cette diffusion des politiques et des pratiques de RSS a donné lieu ces dernières années à des efforts d'élaboration de stratégies globales et de principes directeurs, parmi lesquels notamment les manuels du Comité d'Aide au Développement (CAD) de l'OCDE ou les papiers de positionnement de l'Union Européenne et de l'ONU.

Réforme politique par essence, la RSS a pour effet de modifier les équilibres existant entre les acteurs du système de sécurité. Le système de sécurité et sa réforme sont en effet au cœur de la souveraineté des États et de leurs peuples. Ils touchent aussi bien à des fonctions régaliennes qu'aux droits les plus élémentaires des populations. L'approche globale qui prévaut en matière de RSS a notamment pour conséquence d'exiger une coopération et une coordination étroites à la fois entre les différents acteurs qui composent les systèmes de sécurité nationaux et entre les partenaires de la communauté internationale qui cherchent à appuyer leurs efforts de réforme.

L'expertise francophone en matière de RSS est encore insuffisante. Il est aujourd'hui urgent de d'approfondir et de capitaliser les expériences, en vue de faire du monde francophone un espace de gouvernance démocratique des systèmes de sécurité. Les dispositions adoptées par la Francophonie à la faveur des Déclarations de Bamako et de Saint-Boniface, complétées par celle de la Déclaration de Québec, offrent un cadre pertinent pour encadrer les éventuelles interventions de l'OIF en matière d'appui à la réforme des systèmes de sécurité.

Les réseaux institutionnels de la Francophonie, particulièrement les réseaux à vocation judiciaire peuvent apporter une contribution majeure à cet immense chantier, dont les derniers coups de force survenus dans un certain nombre d'États francophones, notamment africains, démontrent non seulement l'importance mais aussi l'urgence.

I. Définition du concept de « réforme du système de sécurité »

A. Définition du système de sécurité

Les institutions sécuritaires et judiciaires peuvent provoquer des crises violentes lorsqu'elles transgressent les droits de l'Homme, échappent au contrôle démocratique ou pratiquent la discrimination. Un système de sécurité défaillant est source d'instabilité et freine en conséquence le développement. À l'inverse, un système de sécurité voué à assurer le respect de l'État de droit, ayant pour vocation de garantir les droits et les libertés de chaque citoyen et se conformant à l'obligation de rendre des comptes, contribue à la fois à ancrer la démocratie et à prévenir les risques de conflits.

Bien que les définitions du système de sécurité varient, il existe aujourd'hui un large consensus

reconnaissant l'importance d'adopter une définition holistique, qui inclut les éléments suivants :

- Les acteurs et institutions étatiques assurant la sécurité de manière opérationnelle, telles les forces armées (y compris les gardes présidentielles) et de gendarmerie, les forces de police, les services de renseignements et de sécurité civils et militaires, les forces paramilitaires telles les services des douanes ou des eaux et forêts, les services des gardes côtes et de gardes frontières, les unités de réserve ou les unités locales de sécurité (service de protection civile, gardes nationaux) ;

- Les organes de gestion de la sécurité, les instances de contrôle et les instances d'information et d'influence auprès de l'opinion publique. Les organes de gestion comprennent le chef de l'État et les organes consultatifs nationaux sur la sécurité, les ministères en charge de la sécurité (Défense, Intérieur, Affaires étrangères), les organismes en charge de la gestion financière (ministère des Finances, services du budget, Trésor), les services d'inspection et les autorités indépendantes (médiateur, commission des droits de l'Homme). Les instances de contrôle incluent le Parlement et ses différentes commissions (commissions de défense, de la sécurité intérieure, des finances, d'enquêtes parlementaires) et les organes de contrôle budgétaire (Cour des comptes). Les instances d'information et d'influence auprès de l'opinion publique incluent les médias et les organismes de la société civile organisée (associations, ONG) ;

- Les institutions judiciaires, qui comprennent le Ministère de la Justice, les magistrats, les tribunaux, les parquets, les barreaux, l'administration pénitentiaire, les commissions de défense des droits de l'Homme, les représentants de la justice coutumière et traditionnelle ;

- Les acteurs de sécurité non-étatiques parmi les-

quels figurent les sociétés de sécurité privées, les armées de libération et les guérillas, les milices des partis politiques, les groupements citoyens d'auto-défense et de vigilance ;

Enfin, de manière croissante, est soulignée l'importance de tenir compte de l'environnement de sécurité, qui renvoie à la fois à l'existence éventuelle de conflits dans les pays voisins (camps de réfugiés pouvant être utilisés comme base de soutien par un groupe armé), au niveau de circulation des armes légères et de petit calibre, mais aussi à l'état des infrastructures, particulièrement des voies de communication qui conditionnent souvent les capacités de contrôle des territoires nationaux.

Cette définition élargie du système de sécurité est fondée sur le constat qu'aucune institution de sécurité ne fonctionne en vase clos.

B. Définition de la réforme du système de sécurité (RSS)

A la définition large du système de sécurité répond une approche globale des réformes à entreprendre pour améliorer son fonctionnement : l'expérience démontre en effet qu'il convient d'adopter une approche stratégique, qui articule l'ensemble des réformes engagées dans les différents secteurs.

La réforme des systèmes de sécurité vise à améliorer la capacité des pays partenaires à pourvoir à la sécurité de l'État comme de ses populations. Elle a ainsi pour vocation de répondre à l'éventail des besoins de sécurité d'une société donnée, dans le respect de l'État de droit, de la démocratie et des droits de l'Homme, grâce à la promotion d'une gouvernance responsable, transparente et efficace des acteurs qui contribuent à façonner l'environnement sécuritaire d'un État et de sa population.

La RSS contribue directement à l'ancrage d'une

gouvernance fondée sur la démocratie et le respect de droits de l'Homme. De par la restauration de la confiance qu'elle engendre, elle favorise l'instauration d'un climat favorable à la reconstruction et en conséquence propice au développement. C'est en ce sens que la RSS est un processus politique et non pas une simple activité technique. Le soutien à la réforme des appareils de sécurité excède donc largement le seul cadre des activités de coopération plus traditionnelles, centrées sur la défense, la police, le renseignement ou la justice. La RSS implique de dépasser l'approche sectorielle traditionnellement retenue afin de développer une approche concertée et holistique qui prenne en considération les interactions et les interdépendances existant entre les différents secteurs d'un système de sécurité. Il est ainsi important de distinguer l'assistance visant à renforcer l'efficacité et les moyens opérationnels des forces de défense et de sécurité de l'assistance vouée à améliorer la gouvernance du système de sécurité, bien que toutes deux participent de la RSS.

Un certain nombre d'État et d'organisations internationales ont d'ores et déjà adopté un cadre conceptuel définissant leur approche de la RSS. Le comité d'aide au développement (CAD) de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) a donné une impulsion dès avril 2004 en proposant un cadre de référence international définissant les principes clés de la RSS, dans le cadre des lignes directrices « Réformes des systèmes de sécurité et gouvernance : principes et bonnes pratiques ». Ce premier document a été complété ultérieurement par le Manuel de mise en œuvre intitulé « Soutenir la sécurité et la justice », qui propose des modalités d'action concrètes pour les pays partenaires mais aussi pour les bailleurs. Le Conseil de sécurité des Nations Unies a présenté le 12 juillet 2005 la

RSS comme un volet essentiel des processus de consolidation de la paix dans les environnements post-conflits. En réponse à la demande exprimée par le Conseil de sécurité et par le Comité spécial des opérations de maintien de la paix de l'Assemblée générale, le Secrétaire général de l'ONU a remis le 23 janvier 2008 un rapport sur l'approche des Nations Unies en matière de RSS : « assurer la paix et le développement : le rôle des Nations Unies dans l'appui à la réforme du secteur de sécurité ». Ce rapport, dont le Conseil de sécurité a pris note le 12 mai 2008, souligne notamment l'importance d'un partenariat avec les organisations régionales. La Commission de consolidation de la paix place également la RSS au centre de son action tandis que le PNUD multiplie les programmes de développement comportant une dimension RSS. Dans le cadre de l'Union européenne (UE), la Commission a publié en mai 2006 une communication intitulée « Réflexion sur l'appui apporté par la Commission européenne à la réforme du secteur de sécurité » tandis que le Comité politique et de sécurité (COPS) a adopté en juillet 2006 le « Concept de l'Union européenne pour un soutien à la RSS en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC) ». Les organisations régionales africaines, aussi au niveau continental (Union africaine) que dans celui des organisations sous-régionales (CEDEAO ; CEEAC notamment) sont en train d'élaborer leurs propres documents de doctrine en matière de RSS. Enfin, à la suite du Royaume-Uni, la France vient de rédiger sa propre doctrine en matière de RSS.

La RSS implique des réformes structurelles et de long terme afin de stabiliser durablement le système sécuritaire d'un pays. La synthèse des différentes doctrines énumérées ci-dessus permet d'identifier comme suit les objectifs poursuivis dans le cadre de la RSS:

- Établir une gouvernance démocratique et

transparente du secteur de sécurité dans le respect des droits de l'Homme et de l'État de droit;

- Améliorer les capacités des institutions de sécurité et de justice et la qualité des services qu'elles fournissent grâce au renforcement du professionnalisme, de la compétence et de l'éthique des forces de leurs agents ;
- Répondre aux besoins de sécurité de l'État comme des populations ;
- Assurer l'appropriation locale des réformes ;
- Développer des stratégies plurisectorielles supposant à la fois la coordination des réformes engagées dans chacun des secteurs du système de sécurité et la coordination étroite de l'aide apportée par les bailleurs internationaux .

Un processus RSS ne peut être engagé sans l'accord explicite des autorités de l'État concerné. La RSS est un processus inclusif qui impose à la fois l'appropriation par les autorités nationales et par les autres acteurs du système de sécurité (Parlementaires, société civile organisée, ...).

II. Contribution de l'OIF à la RSS

L'existence de systèmes de sécurité dont les acteurs développent des pratiques éthiques, professionnelles et transparentes concourt à l'évidence à la démocratie, à la prévention des conflits, au soutien de l'État de droit et au respect des droits de l'Homme que la Charte de la Francophonie se fixe comme objectif prioritaire d'aider à instaurer et à développer. Les Déclarations de Bamako et de Saint-Boniface comportent quant à elles un certain nombre de dispositions de nature à offrir un cadre à l'investissement de l'OIF dans les questions relatives à la RSS.

A. La Déclaration de Bamako

La réforme des systèmes de sécurité peut participer à la consolidation de l'État de droit, à la gestion d'une vie politique apaisée, à l'intériorisation de la culture démocratique et au plein respect des droits de l'Homme que la Déclaration de Bamako s'est fixé comme objectif de promouvoir.

1. RSS et démocratie

Le constat établi par le Chapitre I de la Déclaration de Bamako sur le caractère mitigé du bilan en matière de démocratie et de respect des droits de l'Homme dans l'espace francophone se révèle particulièrement valable en ce qui concerne les systèmes de sécurité. En effet, le bilan des pratiques des systèmes de sécurité des États francophone comporte indéniablement des acquis : consécration constitutionnelle de la répartition des compétences entre l'exécutif et le législatif, mise en place d'organes de contrôle des institutions de défense et de sécurité, extension des pouvoirs des Parlements en matière de défense, émergence d'organisations de la société civile exerçant un droit de regard sur les questions de sécurité, traitement plus libre par les médias des questions de défense et de sécurité, décentralisation de la prise de décision.

Force est pourtant de constater que ce bilan reste en demi-teinte et contraint à s'intéresser aux nombreuses lacunes qui perdurent : non respect des dispositions prévues par les Constitutions et autres lois fondamentales en matière de répartition des compétences entre les différentes institutions, coups d'état ou tentatives des militaires de renverser les gouvernements civils élus démocratiquement, mutineries, violations des droits de l'Homme par les forces de défense comme par les forces de sécurité, immixtion des forces armées dans la sécurité

intérieure au détriment des forces de police, absence de respect de la procédure pénale, arrestations arbitraires ou à caractère politique, crainte inspirée aux populations par les forces armées et de police.

La séparation des pouvoirs, la soumission à la loi de l'ensemble des institutions et acteurs en charge de la sécurité ainsi que le respect du libre exercice des libertés, mis en avant par le Chapitre II de la Déclaration (alinéa 2), constituent les fondements élémentaires et indispensables d'un système de sécurité démocratique.

L'alinéa 1 du Chapitre III de la Déclaration plaide pour que l'engagement démocratique de la Francophonie se traduise par des propositions et des réalisations concrètes : le soutien au fonctionnement démocratique des appareils de sécurité peut permettre de décliner cet engagement dans un domaine spécifique et ainsi contribuer à approfondir l'ambition de favoriser une progression constante vers la démocratie dans le monde francophone.

Le constat établi par la Déclaration de Bamako selon lequel « la démocratie et le développement sont indissociables » (Chapitre III, alinéa 3) correspond très clairement au diagnostic établi par les lignes directrices du CAD de l'OCDE, qui considère que « la sécurité est fondamentale pour faire reculer la pauvreté et assurer la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) ». (cf. Chapitre II lignes directrices OCDE).

En outre, dans la mesure où la démocratie se juge avant tout à l'aune du respect scrupuleux et de la pleine jouissance par les citoyens de tous leurs droits civils et politiques, économiques, sociaux et culturels, les acteurs du système de sécurité (principalement les forces de police et les magistrats) doivent avoir pour première mission de veiller à ce que les citoyens puissent jouir de ces droits en toute liberté.

Enfin, l'alinéa 5 du point 3 de la Déclaration de Bamako condamne sans équivoque les coups d'État et autres tentatives de prise de pouvoir par les armes ou quelque autre moyen illégal. L'une des vocations de la RSS est de développer la soumission et la loyauté des forces armées au pouvoir civil et démocratiquement élu.

2. RSS et État de droit

Le soutien de la Francophonie à la RSS peut s'inscrire très clairement dans le droit fil des engagements pris par la Francophonie en matière de consolidation de l'État de droit, tels que consignés dans le Chapitre IV de la Déclaration. Chacun des six principes énoncés dans le point A.IV trouve en effet une application dans le domaine de la RSS :

- La définition d'un cadre institutionnel clair pour encadrer les missions des forces de défense et de sécurité, mettant particulièrement l'accent sur la séparation des pouvoirs et sur la prééminence des civils, participe du renforcement de la capacité et de l'indépendance des institutions de l'État de droit (alinéa A.1) ;
- Il revient aux institutions parlementaires d'assurer le contrôle démocratique et la supervision des forces de défense et de sécurité. Travailler à garantir l'exercice par les parlementaires de leurs prérogatives en la matière et développer les moyens dont ils disposent pour ce faire peut contribuer à soutenir le renouveau de l'institution parlementaire, énoncé à l'alinéa A.2 ;
- l'indépendance de la magistrature et la promotion d'une justice efficace et accessible, mis en relief à l'alinéa A.3 de la Déclaration seront confortées par les réformes du secteur judiciaire visant à mettre sur pied une justice impartiale et responsable, de services de poursuite efficaces, de procédures d'instruction transparentes ;

- L'abandon de la culture du secret (qui suppose une gestion opaque) au profit de celle de la confidentialité (qui suppose une gestion associant certains organes de contrôle) constitue également un axe majeur des processus de réforme du système de sécurité. Le soutien à cet axe relève à l'évidence de la mise en œuvre du principe de transparence consigné à l'alinéa A.4 de la Déclaration ;

- la transparence budgétaire et l'obligation de rendre compte de l'utilisation des crédits consentis aux forces de défense et de sécurité constituent le fondement d'une gestion saine du système de sécurité et renvoie à la généralisation et à l'accroissement du contrôle exercés par des institutions impartiales (telles les cours des comptes) sur tous les organes et institutions maniant des fonds publics, que l'alinéa A.5 de la Déclaration appelle de ses vœux ;

- Enfin, un certain nombre de programmes RSS sont impulsés par des organisations régionales et sous-régionales, en vue de développer la capacité des acteurs de sécurité à faire face à des conflits ou à des phénomènes sécuritaires qui tendent à s'étendre hors des frontières. Le soutien à ces programmes régionaux s'inscrit dans la volonté de la Francophonie d'appuyer l'action des institutions mises en place dans le cadre de l'intégration et de la coopération régionale, consignée dans l'alinéa A.6.

3. RSS et vie politique apaisée

Un axe important de la RSS consiste à améliorer les capacités de la société civile à surveiller les politiques et les pratiques sécuritaires et judiciaires du gouvernement, notamment en renforçant le cadre réglementaire dans lequel la société civile opère mais aussi en développant des relations de confiance entre les acteurs de sécurité et cette société civile. La construction de larges groupes civils de soutien à la RSS est en accord avec la

recommandation de l'alinéa C.17 du Chapitre IV qui incite à faciliter l'affirmation de la société civile, y compris les ONG, les médias et les autorités morales traditionnelles, comme acteurs à part entière d'une vie politique apaisée. La garantie de la liberté de la presse et des médias à traiter des questions ressortissant à la sécurité ainsi que l'amélioration de la couverture médiatique de ces questions, participent aussi de la promotion de la liberté de la presse, mise en avant à l'alinéa C.18.

4. RSS et promotion d'une culture démocratique intériorisée et plein respect des droits de l'Homme

Les processus de RSS visent à disposer de forces de défense et de sécurité à la fois compétentes et professionnelles : cet objectif est loin de supposer uniquement la maîtrise de savoir-faire techniques mais implique également que l'action des forces soit guidée par les exigences éthiques de respect de la démocratie. L'enseignement traditionnel des Conventions de Genève et du droit international humanitaire dans les écoles militaires doit être complété par des formations sur la sécurité humaine et les droits de l'Homme. Une telle instruction participe de la promotion au sein des forces armées et de police de la culture démocratique intériorisée par le biais de l'éducation et de la formation, ainsi que le préconise le point D du Chapitre IV de la Déclaration. Des forces de défense et de sécurité professionnelles doivent également être exemptes de toute accusation mettant en doute la probité de leur comportement : les manquements au respect des droits de l'Homme et toute exaction commise par des militaires, gendarmes, policiers, agents de renseignement, douaniers doit entraîner l'adoption systématique de sanctions exemplaires, qui se situent dans le droit fil de la lutte contre l'impunité préconisée au point D.22 du Chapitre IV de la Déclaration.

tion, conformément aux poursuites prévues par les instruments juridiques internationaux, au premier rang desquels le Statut de Rome.

La lutte contre les appareils de sécurité mono-ethnique et l'encouragement au respect de la diversité ethnique et religieuse dans le recrutement des effectifs des forces de défense et de sécurité, garantes du fonctionnement pluraliste du système de sécurité, est en accord avec l'engagement de la Francophonie d'œuvrer en faveur des membres des groupes minoritaires, notamment ethniques et religieux (point D.24 du Chapitre IV).

B. La Déclaration de Saint-Boniface

La RSS est un instrument qui vise à instaurer une architecture sécuritaire rénovée. La RSS s'étend sur un large spectre et a vocation à être mise en œuvre dans les pays relativement stables tout comme dans les pays en situation de post-conflit. La RSS apparaît donc comme un volet essentiel de la prévention des crises comme de la sortie des conflits. En ce sens, il s'agit d'un processus qui s'inscrit dans l'agenda adopté dans le cadre de la Déclaration de Saint-Boniface qui affirme la détermination à « concrétiser l'ambition d'une Francophonie qui, au cours de la décennie 2005-2014, entend valoriser son approche et ses acquis au service de la prévention et du règlement des conflits tout en accompagnant résolument les efforts de la communauté internationale visant à construire un système international plus efficace, rénové dans ses structures, ses mécanismes et ses normes ».

Par le point 41 de la Déclaration de Saint-Boniface, l'OIF a ainsi pris l'engagement de participer activement aux débats en cours dans les enceintes internationales et régionales sur la prévention des conflits, le maintien et la consolidation de la paix ainsi que sur la sécurité humaine : la RSS est aujourd'hui un concept

discuté et promu dans l'ensemble des enceintes internationales impliquées dans les questions de sécurité.

1. RSS et sécurité humaine

Le concept de RSS est fondé sur une définition élargie de la sécurité, selon laquelle celle-ci ne renvoie pas uniquement à la préservation de l'intégrité territoriale et de la souveraineté de l'État et moins encore à la défense de la stabilité du régime en place. Elle englobe également la sécurité physique et le bien-être matériel des populations, assurées de vivre à l'abri de la peur comme de la faim. La vocation première de la RSS est ainsi d'œuvrer à ce que les systèmes de sécurité soient centrés sur l'être humain. Dans un esprit comparable, la Déclaration de Saint-Boniface engage l'OIF à sauvegarder la sécurité humaine (point 13) tandis que le point 43 réaffirme l'intérêt des notions et des normes relatives à la sécurité humaine et à la responsabilité de protéger. La définition de la sécurité qui sous-tend la RSS rejoint donc largement celle que met en avant la Déclaration de Saint-Boniface qui, tout en soulignant dans ses points 1, 2 et 3 l'attachement de la Francophonie au respect de l'intégrité territoriale, de l'indépendance politique, de la souveraineté des États et du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures, insiste sur la responsabilité qui incombe à chaque État de protéger les civils sur son territoire ou à la communauté internationale d'y pourvoir lorsque les autorités nationales se révèlent défaillantes ou complices.

2. RSS et prévention des conflits

Un système de sécurité non-respectueux des principes démocratiques et des droits de l'Homme porte en germe des risques de

conflits : la détection en amont des pratiques abusives des forces de défense et de sécurité et le soutien à des mesures visant à les corriger peut permettre de limiter leur potentiel belligène. Les points 4, 5 et 6 de la Déclaration de Saint-Boniface insistent sur la volonté de conforter l'action préventive de la Francophonie initiée par la Déclaration de Bamako tandis que le point 8 invite l'OIF à consolider ses capacités d'analyse en s'appuyant sur les réseaux d'information et de concertation ainsi que sur les réseaux de l'Agence universitaire de la Francophonie, afin de poursuivre les réflexions sur les causes et les facteurs de conflictualité. De telles dispositions sont tout à fait en accord avec l'approche de la RSS consistant à mener une démarche exploratoire afin de détecter en amont les pratiques des acteurs et institutions sécuritaires susceptibles d'attiser les tensions au sein d'une société donnée.

3. RSS et consolidation de la paix

Le point 10 de la Déclaration met l'accent sur la volonté de l'OIF de mettre à profit son expérience en matière d'accompagnement des processus de sortie de crise et de transition et l'appelle à systématiser sa démarche dans ce domaine. Si la RSS a avant tout une vocation préventive, elle trouve bien entendu sa principale application dans les environnements post-confliktuels.

L'OIF affirme aux points 13 et 15 sa volonté de travailler de manière concertée avec la Commission de consolidation de la paix de l'ONU : or, celle-ci est appelée à s'investir sans cesse davantage dans les processus de RSS - comme elle le fait déjà au Burundi, en Sierra Leone et en Guinée Bissau - en coopération avec le DOMP et le PNUD. Dans ces cadres, la RSS participe très clairement des processus de réconciliation nationale. Les pays qui émergent

de conflits ont souvent pour priorité la mise en place de nouvelles institutions sécuritaires et judiciaires : en effet, dans les situations post-conflit, l'urgence immédiate impose d'assurer la sécurité physique des populations. Les accords de paix, lorsqu'ils comportent des mesures relatives à la RSS, facilitent l'émergence d'un espace politique dans lequel seront mises en œuvre les décisions difficiles de la réforme, telles la restructuration des forces armées, l'intégration en leur sein des anciens combattants rebelles démobilisés ou encore la mise en place d'une justice transitionnelle. A plus long terme, la construction d'une paix durable passe par une approche stratégique qui appréhende la RSS comme une partie intégrante de la planification des programmes de stabilisation, voués à favoriser le développement.

Les points 16 et 17 de la Déclaration réitèrent la volonté exprimée par la décision d'Antanarivo visant à assurer la participation des pays francophones aux opérations de maintien de la paix (OMP). Le développement des capacités des appareils de défense à mener des opérations de maintien de la paix fait partie des mesures de restructuration envisagées dans le cadre de la RSS, particulièrement lorsque ces processus sont menés en lien avec les organisations régionales et sous-régionales qui s'investissent dans le maintien de la paix (Union africaine, CEDEAO, CEMAC, CEEAC par exemple). La formation des armées mais aussi des forces de police et de gendarmerie aux OMP constitue ainsi un axe important de la RSS dans un certain nombre de pays. Il s'avère également que certains pays disposant d'un appareil de sécurité professionnel (aussi bien terme d'opérationnalité que d'éthique du comportement) ont largement développé les compétences de leurs forces de défense et de sécurité au maintien de la paix : la formation au maintien de la paix fait donc figure d'élé-

ment stabilisateur des forces armées. Les formations au respect des droits de l'Homme et à la sécurité humaine dispensées dans le cadre du programme français RECAMP et du programme canadien PAIM ont largement contribué à la diffusion de ces principes auprès des forces armées africaines. Les formations au maintien de la paix, qui mettent particulièrement l'accent sur la nécessité de protéger les civils, particulièrement les femmes contre les abus sexuels, contribuent à améliorer le comportement des militaires et des policiers, conformément aux objectifs de la RSS. Le programme RECAMP quant à lui accorde désormais une part de plus en plus importante à la RSS dans le cadre des séminaires qu'il organise. Enfin, les missions de paix de plus en plus intégrées mises en place par les Nations Unies cherchent à assurer la continuité entre la gestion à court terme des crises et la gestion à long terme des programmes de développement dont relève la RSS.

Il apparaît par ailleurs qu'un certain nombre de processus RSS menés dans des pays francophone se sont heurtés à un certain nombre de difficultés du fait de l'absence de maîtrise de la langue française par les experts déployés. Le plus souvent, ces mêmes experts ne maîtrisaient pas non plus les spécificités propres aux systèmes sécuritaires francophones, particulièrement les particularités des forces de gendarmeries et des systèmes juridiques de tradition romano-germanique. Conformément au point 19 de la Déclaration de Saint-Boniface qui insiste sur l'importance de sensibiliser à la nécessité de maîtriser la langue de communication en usage dans le pays du déploiement d'une OMP, il convient également que l'OIF fasse valoir l'importance de déployer des personnels maîtrisant le français dans les processus RSS : l'identification et la mise sur pied d'un vivier d'experts francophone, aptes à être dé-

ployés dans des missions RSS sous l'égide de l'ONU, de l'UE, de l'UA ou d'une organisation sous-régionale, apparaît comme nécessaire.

La Déclaration de Saint-Boniface en son point 22 affirme également son appui au Programme d'action pour prévenir, combattre et éradiquer le commerce illicite des armes légères et de petit calibre (APLC) et appelle les États membres de la Francophonie à renforcer leur coopération en la matière. Le point 34 engage la Francophonie à faciliter les processus DDR (Désarmement, démobilisation, réinsertion) dans les pays sortant de conflit, particulièrement les programmes visant à la réintégration des enfants soldats dont l'enrôlement est condamné au point 32. La plupart des programmes de contrôle des APLC ainsi que les programmes DDR impliquent la collaboration avec les différents acteurs des systèmes de sécurité : les programmes APLC et DDR sont des points d'ancrage potentiels importants pour la RSS et vice versa. La synchronisation des programmes de réduction du nombre d'armes, souvent eux-mêmes liés aux programmes de DDR, avec la réforme de chacun des secteurs de sécurité et de défense est cruciale pour la réussite d'un processus SSR.

4. RSS et participation de la société civile

L'apport des femmes est conçue comme indispensable pour le succès des processus RSS. L'approche RSS est ainsi particulièrement attentive au rôle des femmes aussi bien à leur participation sur une base d'égalité à la gestion et à la mise en œuvre des politiques de défense et de sécurité qu'à leur contribution à la supervision de ces politiques, notamment dans le cadre des activités déployées en ce sens par la société civile organisée. Cette importance accordée par la RSS au rôle des femmes est tout à fait en accord avec les points 35, 36 et

37 de la Déclaration de Saint-Boniface qui mettent l'accent sur le rôle et la participation des femmes dans les mécanismes de prévention, de gestion et de règlement des conflits.

Le point 38 de la Déclaration affirme, tout comme la Déclaration de Bamako, le rôle central que les médias, acteurs très importants dans les mécanismes de contrôle des forces de défense et de sécurité, sont appelés à jouer dans la prévention des conflits, notamment dans les processus de d'observation, d'évaluation, d'alerte précoce et de réconciliation.

C. La Déclaration de Québec

La Déclaration de Québec adoptée en octobre 2008, a très clairement engagé les Chefs d'État et de gouvernement de la Francophonie à « s'impliquer dans les débats relatifs à la RSS », confirmant ainsi le rôle majeur que la Francophonie est appelée à jouer. Afin de donner corps à ce mandat, l'OIF a élaboré sa propre doctrine qui situe résolument l'intervention de l'Organisation comme une contribution à la « gouvernance démocratique des systèmes de sécurité ».

L'OIF a par ailleurs réfléchi aux moyens de mobiliser les compétences et expertises de ses 14 réseaux institutionnels en vue de promouvoir la gouvernance démocratique dans les différents secteurs qui composent les systèmes de sécurité.

FRANCOPOL (réseau francophone international de formation policière) pour soutenir les processus de réforme des forces de police, dont le rôle doit devenir de plus en plus important si l'on entend mettre en terme à la militarisation de la gestion de l'ordre public, qui caractérise encore aujourd'hui nombre de pays africains francophones ;

L'AISCCUF (Association des institutions supérieures de contrôle ayant en partage l'usage du français) peut contribuer à favoriser la transpa-

rence dans la gestion des finances publiques qui doit caractériser le système de sécurité au même titre que les autres secteurs.

Le REFRAM (Réseau francophone des régulateurs des médias) peut contribuer à accroître le contrôle public et le professionnalisme dans le traitement des questions de sécurité ;

L'AOMF (Association des Médiateurs et Ombudsmans de la Francophonie) peut aider à réfléchir aux moyens d'assurer la médiation des demandes sociales exprimées par les personnels des forces de défense et de sécurité ;

L'AFCNDH (Association francophone des Commissions nationales de promotion et de protection des Droits de l'Homme) peut apporter son concours aux actions de sensibilisation des forces armées et de sécurité aux Droits de l'Homme.

Il convient ici d'insister particulièrement sur la contribution qui peut être faite par les réseaux institutionnels francophone à vocation juridique : l'implication de réseaux institutionnels tels l'ACCPUF (Association francophone des Autorités de protection des données personnelles) ; AHJUCAF (Association des hautes juridictions de cassation ayant en partage l'usage du français) ; AAHJF (association africaine des hautes juridictions francophones), Section francophone de l'AIPP (association internationale des procureurs et poursuivants) ; CIB (Conférence internationale des barreaux de tradition juridique commune) ; RF2D (Réseau francophone de diffusion du droit) ou l'Association du notariat francophone, permettra de créer les liens indispensable entre la réforme des systèmes de sécurité et la réforme de la justice.

Il est en effet de plus en plus unanimement reconnu que la gouvernance démocratique des systèmes de sécurité exige l'existence d'un système juridique et judiciaire impartial, indépendant et responsable ainsi que des services de poursuite efficaces.

Il est cependant très important de veiller à ne pas fondre de manière intégrale les processus de réforme de la justice dans les processus de réforme du système de sécurité. Il faut cesser de croire que l'approche RSS peut intégrer tous les aspects de la réforme de la justice. Il est en revanche important de mener de manière étroitement coordonnée la réforme d'un certain nombre de volets qui relèvent à la fois du secteur de sécurité et du secteur de justice. En lien avec la réforme des autres secteurs qui composent les systèmes de sécurité, la réforme du secteur de justice doit ainsi en priorité viser :

- l'amélioration du fonctionnement de la justice pénale (services de police et le système pénitentiaire). Il est nécessaire d'améliorer le professionnalisme de certains agents de sécurité en l'occurrence les policiers et les gendarmes qui constituent un levier important de la justice au titre de leur qualité d'auxiliaires de justice notamment en matière pénale ;

- le renforcement du rôle des institutions juridiques et judiciaires dans le contrôle des institutions sécuritaires (particulièrement en ce qui concerne l'utilisation du pouvoir coercitif de l'État selon les limites appelés par le respect des libertés individuelles et des droits de l'Homme) ;

- l'amélioration de la gestion et de l'administration du système judiciaire, y compris celui pénitentiaire. De ce point de vue, il est important d'œuvrer en faveur de la réduction de l'incarcération et de la simplification de la procédure civile ;

- la promotion de la sécurité juridique, liée aux questions de droit de propriété (notamment foncière) qui non seulement sont fondamentaux pour la protection des Droits de l'Homme et dont les violations sont en outre à l'origine d'un grand nombre de conflits. De ce point de vue, le rôle du notariat apparaît particulièrement important l'harmonisation des pratiques traditionnelles avec le système juridique et judiciaire

formel dans certains pays de l'espace francophone, notamment en Afrique.

Il convient de ne pas réduire les processus de réforme du secteur de justice (RSJ) à ces seuls aspects fondamentaux certes, mais d'avoir bien conscience que ceux-ci ne constituent que l'un des volets des processus de réforme de la justice. Il convient en effet d'être extrêmement vigilant pour que l'étroit et indispensable lien existant entre réforme des systèmes de sécurité et réforme de la justice ne se traduise pas par la sécurisation pure et simple de cette dernière, qui se traduirait sinon par l'abandon, du moins par la marginalisation de réformes judiciaires essentielles sans lien avec le secteur de sécurité mais néanmoins essentielles pour assurer l'indépendance de la magistrature et un accès équitable à la justice.

L'Institut national de la magistrature et la coopération internationale

L'honorable Brian W. LENNOX, directeur de l'Institut national de la magistrature (INM)

Monsieur le Président,

Je vais vous parler ce matin de la Coopération internationale dans le domaine de la formation judiciaire vu à travers la lentille de l'Institut national de la magistrature canadien.

L'INM est une institution indépendante, non gouvernementale, à but non lucratif, créé en 1988 : Cette création était l'initiative du très honorable Brian Dickson, juge en chef de la Cour Suprême du Canada, qui voulait doter le Canada d'un institut national responsable en majeure partie de la formation permanente des juges à une époque où la formation des juges manquait d'organisation et de cohérence.

I. La mission de l'INM

La Mission de l'INM est de renforcer la justice en jouant le rôle de chef de file en matière de formation des juges.

Je vais ici ouvrir une parenthèse pour souligner dans un premier temps le fait que le modèle de nomination des juges au Canada est le modèle britannique : il n'existe pas de carrière de juge dans le sens civiliste et les juges sont sélectionnés parmi les avocats qui ont exercé pendant un minimum de dix ans : en réalité, la moyenne d'exercice se situe autour de 20 à 25 ans et l'âge moyen de 50 ans au moment de la nomination. C'est pour cette raison que je traite uniquement de la formation permanente. (Actuellement, il existe au-delà de 2 000 juges canadiens.)

Au moment de la création de l'INM, la méthode d'enseignement utilisée dans la plupart des cours de formation judiciaire était le discours magistral en séance plénière et la formation traitait surtout, sinon exclusivement, du droit substantiel. On mettait l'emphase sur l'enseignement plutôt que l'apprentissage et la formation continue était peu prise.

II. Valeurs

C'était dans ce contexte que l'INM était mandaté pour développer une formation de qualité supérieure, développer des ressources à l'intention des juges, promouvoir les valeurs de la Charte canadienne des droits et libertés et soutenir la primauté du droit et l'indépendance judiciaire.

Au début, le mandat n'était que national et se limitait aux juges canadiens. Mais en 2003, les documents d'incorporation de l'INM étaient amendés afin de lui permettre d'œuvrer à l'international. À l'extérieur du Canada, et ceci par le biais de son Groupe de la coopération internationale, l'INM s'attache à renforcer la

magistrature comme institution clé de gouvernance démocratique et à soutenir le principe de la primauté du droit. L'institut le fait surtout par le biais d'un renforcement des capacités des Institutions de formation judiciaire et par la formation des juges elle-même.

Mais l'INM ne travaille pas forcément là où il le veut. En l'absence de moyens de financement indépendants, nous nous impliquons normalement dans des projets de développement financé par un organisme comme l'ACDI (l'Agence canadienne de développement international), souvent dans le cadre d'un programme de réforme judiciaire.

Le soutien qui est apporté dans ces projets de la part de l'INM est principalement pédagogique et est fourni par une équipe de juges canadiens expérimentés. Le succès de la participation canadienne dépend d'un véritable partenariat et nécessite une collaboration étroite avec les juges et les tribunaux du pays hôte.

L'avantage principal de l'Institut national de la magistrature réside dans le fait qu'il s'agit d'un organisme dirigé par les juges et dont le travail s'axe sur la fonction du juge, s'assurant ainsi que ses programmes sont pertinents et pratiques. Les programmes nationaux sont conçus, élaborés, raffinés et présentés par des juges dans un contexte canadien qui est celui d'un pays bilingue et bi juridique. Lorsque le Groupe de la coopération internationale travaille à l'étranger, il bénéficie des avantages de ce cadre et de cette expérience et profite surtout de l'expertise et de l'expérience des juges canadiens qui y participent.

L'INM travaille à l'international comme il le fait au Canada. Les programmes internationaux de formation permanente sont dirigés par des juges et axés sur la fonction du juge, en utilisant les principes de l'apprentissage expérientiel. Pour s'assurer de la qualité des programmes,

l'INM, aussi bien au Canada qu'à l'étranger, s'applique à la formation des formateurs et à leur utilisation.

Au cours des 25 dernières années, la formation permanente au Canada a beaucoup évolué. Le discours magistral n'a plus qu'une valeur stratégique et limitée dans nos programmes. Ces programmes sont devenus tridimensionnels, et contiennent trois éléments essentiels :

- le droit substantiel, qui de plus en plus se situe en arrière plan
- le perfectionnement des compétences
- le contexte social.

Bien qu'un programme particulier vise surtout un de ses trois dimensions, il contient toujours les deux autres éléments.

De ces trois dimensions, celle qui a révolutionné la formation permanente des juges, et ceci depuis 20 ans, est le contexte social. Si vous me permettez d'ouvrir une autre parenthèse, on va parler un peu de l'histoire du Canada. Lors des premières colonisations du Canada aux 17^e et 18^e siècles, les immigrants venus au pays provenaient de deux sources principales : les Îles britanniques et la France. Au cours du 20^e siècle, la population canadienne, était donc relativement homogène. Au cours du 20^e siècle, les modèles d'immigration traditionnels étaient remplacés par une diversité d'origines jusqu'alors inconnue au Canada. Des vagues successives d'immigration de pays et de populations divers ont créé au Canada, et surtout dans ses villes, une diversité de population exceptionnelle. On prédit même qu'en 2017, au rythme actuel d'immigration et de croissance, la soi-disant minorité visible deviendra majoritaire à Toronto et à Vancouver, respectivement la première ville et la troisième ville du pays.

Cette diversité de population, de race, de religion, de culture et de langue fait la force du

Canada et joue un rôle important dans sa croissance. Pour le système judiciaire, cette nouvelle mosaïque canadienne et d'autres changements de nature plus prosaïque, ont rendu le contexte entourant l'élaboration des jugements encore plus complexe et ont nécessité un changement dans la méthode pédagogique utilisée pour la formation judiciaire. Il est facile de comprendre cette nécessité de changement. D'abord, le contexte social s'apprend difficilement en séance plénière et ne s'apprête pas au discours magistral. D'ailleurs, à la fin des années 80, il y avait une pénurie sinon une absence presque totale de lois et de jurisprudence canadienne qui traitait du contexte social, ce qui rendait l'étude contextuelle par des méthodes classiques difficile. D'où la nécessité de nouvelles techniques d'enseignement variées, une nouvelle pédagogie et de nouvelles approches : dont, finalement, l'apprentissage expérientiel, méthode qui prend l'expérience du juge comme point de départ de l'apprentissage.

L'INM et son Groupe de la coopération internationale utilisent cette approche aussi bien dans nos projets internationaux que dans nos programmes nationaux. Nous suivons les mêmes principes, nous poursuivons les mêmes objectifs et nous utilisons les mêmes méthodes, adaptées au pays. Nous commençons par l'établissement d'un Comité de planification, composé principalement de juges et procédons ensuite aux deux éléments les plus importants : l'identification des besoins et l'établissement des objectifs. Ces étapes sont suivies par la planification du programme, l'identification des membres de la faculté (juges et non juges), développement des ressources, présentation du programme et évaluation.

Nous avons travaillé ainsi avec des juges et des Instituts de formation permanente au Ghana, aux Philippines, au Rwanda, en Amérique latine, en Chine, en Russie, en Ukraine, au Pakistan et en

Éthiopie dans une série de programmes de coopération, de soutien, de développement et de renforcement. Nos programmes s'appellent diversement : projet de renforcement des liens juridiques, soutien aux initiatives de réforme judiciaire, programme de partenariat judiciaire, projet de coopération judiciaire, et projet de renforcement institutionnel et de développement des capacités des services juridiques. Le travail se fait dans le respect des traditions et de la culture juridique, sous le contrôle et à la demande des partenaires judiciaires. Les solutions sont des solutions nationales plutôt que canadiennes et nous avons énormément appris des nos partenaires et collègues internationaux. Et l'INM et les juges canadiens qui participent à la formation à l'international se sentent privilégiés de pouvoir œuvrer sur la scène internationale. Voilà qui complète un bref aperçu du travail international de l'INM.

Nous ne sommes évidemment pas le seul organisme de formation judiciaire à travailler à l'étranger et nous reconnaissons que nous sommes loin d'être ou le premier ou le plus important. Toutefois, par le biais des échanges avec d'autres pays et d'autres organismes de formation judiciaire, par des liens informels et par le travail de l'IOJT (l'Organisation internationale des organismes de formation judiciaire), il y a une espèce de normalisation dans les pratiques dans la formation judiciaire qui s'opère.

Ainsi, pour revenir au thème du congrès, bien qu'on ne puisse pas dire que la formation judiciaire mène à une internationalisation du droit, on peut toutefois parler d'une tendance internationaliste grandissante dans la formation judiciaire.

Présentation du Rapporteur général

*Monsieur le Président Saliou Aboudou,
Président de la Cour suprême du Bénin et
de l'Association Africaine des Hautes
Juridictions Francophones, et
vice-président de l'AHJUCAF*

L'honneur me revient de clôturer pratiquement nos travaux puisque, représentant le rapporteur général de notre congrès, il a la lourde responsabilité de présenter la conclusion de cette réunion. Tout le monde connaît le Professeur Raymond Ranjeva. Il a une dimension nationale et internationale impressionnante. Monsieur Ranjeva est agrégé de droit, professeur. Il a eu à présider la Cour Internationale de Justice dans une chambre qui a eu à connaître des différends entre le Bénin et le Niger. Voilà que je suis Béninois et que le Président de cette chambre a eu l'audace d'empiéter le Bénin de 10 000km². Je ne sais pas si c'est l'occasion de demander une révision de ce procès, mais si les décisions de la Cour de justice ont l'autorité de la chose jugée, je n'ai aucune chance de faire reprendre la procédure.

Monsieur le Professeur, en même temps juge, a des activités multiples au plan national et international. Il est même conseiller juridique de l'institution justice et paix du pontificat. Toutes ses compétences avérées et les expériences qu'il a eues dans tout son parcours, non seulement universitaires, mais aussi dans ses fonctions de juge, font de lui l'homme qu'il fallait pour tirer les conclusions de cette réunion.

Monsieur le Professeur, j'ai l'honneur de vous inviter à prendre la parole et à nous présenter, dans un rapport certainement assez substantiel, le fruit de nos réflexions pendant ces quelques jours. La problématique de la réunion avait déjà été posée par le doyen de l'université de McGill. Par rapport à cette problématique, que retenons-nous, en nous quittant ?

Rapport de synthèse

Monsieur Raymond RANJEVA,
vice-président honoraire de la Cour
internationale de Justice

Merci Monsieur le Président.

Permettez-moi de vous exprimer toute ma reconnaissance pour la présentation chaleureuse et élogieuse que vous avez bien voulu me faire en me rappelant peut-être un des épisodes qui aura marqué les relations entre mon pays et le vôtre : le problème de la délimitation terrestre, insulaire et fluviale entre le Bénin et le Niger.

Je voudrais vous assurer d'une chose, et là, de la part d'un juge de la Cour Internationale de Justice, c'était une satisfaction, non pas d'avoir donné raison ou tort à l'une des deux parties, mais d'avoir amené les deux parties à retrouver les termes de leurs différends dans le cadre d'un langage qui tient compte non seulement des circonstances de fait, des circonstances de droit, mais également des arguments exposés par les uns et les autres. En toute conscience, je vous avouerai qu'on ne pouvait pas faire mieux et je suis heureux d'apprendre qu'après l'arrêt, les deux parties ont célébré les retrouvailles. Chacune a estimé n'avoir pas perdu, je ne dis pas avoir gagné mais n'avoir pas perdu. Ceci paraissait fondamental puisque cet arrêt, dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, s'inscrit dans une évolution de construction juridique où les problèmes d'évolution territoriale en soi doivent être envisagés dans un cadre holistique, diraient d'autres parties, mais dans un cadre très particulier où les portes sont ouvertes, rien n'est fermé. Si je peux formuler un souhait, c'est que cette décision favorise le développement de la fraternité, de la coopération entre les deux parties, car cette fraternité je l'ai vécue avec les deux parties, avec les deux délégations pendant la durée des audiences et la durée des affaires. Aussi, Monsieur le Président, suis-je reconnaissant à votre délicate at-

tention lorsque vous m'avez offert, en évoquant cette question, la possibilité de revenir sur un dossier qui m'a tenu à cœur.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, vous serez surpris que, contrairement aux traditions qui se sont instaurées au cours de ce colloque, je vous appelle Mesdames et Messieurs. Tout simplement, à la Cour Internationale de Justice, au moment où vous prenez vos fonctions, vous devez choisir votre langue officielle, la langue dans laquelle vous travaillez et dans laquelle on communique avec un juge. En choisissant le français, le protocole nous impose de nous limiter à la seule appellation de « Monsieur », « Madame », « Monsieur frère du Roi » alors que les juges d'expression anglaise bénéficient de la qualité de « His excellency », ou « her excellency judge ». Nous c'est « son excellence Monsieur » tout court et nous en sommes heureux. Aussi, si j'ai offensé votre dignité, j'ai tenu à vous en donner la raison et l'explication, Mesdames et Messieurs.

Il fallut un calculateur et ce fut un danseur qui l'opta. Je ne voudrais pas faire une allusion à une situation particulière, mais ces propos de Figaro me viennent à l'esprit et expriment à juste titre mes sentiments personnels lorsque j'ai eu à préparer ce rapport général au terme de nos harassantes journées de travail sur le thème « Internationalisation du Droit, internationalisation de la Justice ».

Lorsque notre secrétaire général, le Président Jean-Louis Gillet, m'a fait le grand honneur de m'inviter à présenter le rapport général, j'étais à mille lieues de penser que j'ai commis peut-être une grosse erreur, une grande et grave erreur, plus par inconscience que pour toute autre raison. Je lui suis reconnaissant de m'avoir offert l'occasion de connaître d'abord l'AHJUCAF dont j'ai beaucoup entendu parler grâce à mes fréquentations au sein de l'Organisation Internationale de la Francophonie et dans le monde judiciaire et juridique de la

francophonie, mais également dans le cadre des rencontres que nous avons eues avec les professeurs de droit, d'expression française, qui ont à votre égard le plus grand respect et la plus grande estime. Ce privilège de vous avoir connus représente pour nous une occasion unique de vivre la vie, les problèmes, de discuter et de partager des moments chaleureux d'amitié et de fraternité avec, bien-sûr, ceux qui vivent le droit au quotidien, mais surtout avec ceux qui sont appelés par leurs fonctions, à définir une politique judiciaire et juridique. L'État moderne, l'État nouvellement indépendant, comme l'État tout court se doit d'avoir une pensée politique et une pensée de politique sur le plan juridique et sur le plan judiciaire. Merci Monsieur le Président pour ce privilège.

Seulement, je vous ai parlé d'inconscience, d'abord, parce que je ne suis que professeur. J'ai été juge mais dans des circonstances particulières et dans une juridiction particulière, mais comme professeur - car c'est quand même ma première nature - je me considère comme un tiers extra penitus au sein de cette auguste assemblée. Pendant ces journées et ces heures de travail, plus que jamais, j'ai eu l'occasion de vérifier le bien fondé de la plaisanterie selon laquelle, pour un professeur de droit, une décision judiciaire n'a d'intérêt que pour autant qu'il soulève des problèmes. La joie du professeur est d'imaginer, de trouver des problèmes dans une décision judiciaire, quitte à ne se référer qu'au sommaire et aux commentaires ou aux résumés publiés à caractère officiel, mais il trouve des problèmes qui parfois surprennent le juge qui lui a participé directement à la rédaction, ou à la conception, ou plus exactement au pilotage de la décision.

Pour un juge, une décision n'a de sens que s'il clôt définitivement le différend entre les parties litigantes, clôturer aussi bien les débats que la solution à prescrire pour le règlement du litige. Or, nous nous retrouvons dans deux univers ab-

solument différents et vous permettrez qu'à la présente occasion, ce soit le professeur qui parle et non votre collègue juge car comme juge, j'ai plus à apprendre de vous qu'à vous raconter des contes ou à vous enseigner ce qu'est la fonction de juge.

Ensuite, je suis inconscient parce que je suis d'abord publiciste. Je ne suis que publiciste au sens de spécialiste un peu porté vers le Droit international public, alors que tout le débat, auquel nous avons participé, s'intéresse à ce qu'est le Droit international privé. Certes, on assiste à un spectacle quelque peu surprenant, parce que vous demandez à suivre vos travaux si le vrai Droit international n'est pas le Droit international privé, dans le sens où ce Droit international privé affecte directement la vie des citoyens, à la limite sans passer par la médiation ou l'intermédiaire de l'État. Alors que le Droit international public s'intéresse à des choses généreuses, grandioses et il s'articule sur le credo même de l'ordre international rappelé à l'article 2 paragraphe 7 ou 7ème paragraphe de l'article 2 de la Charte des Nations-Unies : la non-ingérence est le principe de la souveraineté de l'État nation dans sa conception westphalienne telle qu'elle a été évoquée tout à l'heure.

Ce sentiment, je ne dirais pas d'exclusion mais d'extranéité par rapport aux travaux de ce présent congrès, est si vrai que la Cour Internationale de Justice, qui représente, me semble-t-il, dans l'ordre juridique, le principal organe judiciaire des Nations-Unies, et que la doctrine anglo-saxonne appelle la Cour mondiale, la Cour du monde entier, the world Court, n'a été visée que par deux fois tout au long de ces journées, malgré les 81 printemps de la Cour.

Je suis amené à solliciter votre indulgence dans le cadre de ce rapport s'il y a discordance, dichotomie ou tout simplement erreur de casting ou d'aiguillage dans le cadre de la rédaction

de ce travail, car je suis amené à solliciter l'indulgence de ceux qui rendent la justice pour les citoyens face aux errements de votre serviteur qui avoue tout simplement sa méconnaissance de la matière.

Enfin, je crois que j'ai commis une erreur fondamentale, parce que tout compte fait, le sujet est immense. C'est une donnée d'évidence lorsque vous parlez d'internationalisation, lorsque nous parlons d'internationalisation, voire de mondialisation, cette réalité recouvre toute la vie quotidienne et face à ce que j'appellerais cette vision totalitaire de l'internationalisation, la tentation de l'impuissance pour résoudre les problèmes ainsi que l'isolement représentent des risques graves, des risques contre lesquels nous nous sommes retrouvés ce soir, ce matin, pour examiner le problème du Droit international dans ses relations avec le droit et avec la justice.

Le point de départ de notre réflexion est une constatation de fait qui relève d'une donnée d'évidence et d'une vérité première : le développement de l'internationalisation qui est une donnée immédiate à la conscience dans le monde contemporain.

Dans la discipline que nous avons à examiner, l'internationalisation embrasse deux branches. D'une part, l'internationalisation du droit et l'internationalisation de la justice. A juste titre, je le reconnais et j'apprécie la subtilité et l'habileté des organisateurs et du comité scientifique de cette rencontre, le congrès a articulé ses travaux, ses recherches autour d'une approche analytique de développement de ces notions. On s'est attaché dans le cadre de ces différentes communications, du rapport introductif, des réponses aux questionnaires qui ont été diffusés auparavant, nous avons eu à examiner de manière exhaustive et satisfaisante le déploiement de l'internationalisation dans ces deux branches. Pour cette raison, il me paraît inutile, par respect pour l'auditoire, car si je commen-

çais à résumer ou même à faire la synthèse de ce qui a été écrit, dit sur le plan technique, ce serait croire et faire croire que vous n'avez ni lu, ni suivi les travaux de ce colloque. A cette fin, nous utiliserons les nouvelles technologies et on renverra les participants aux investigations, aux travaux, à l'enquête sur les travaux qui seront publiés dans la toile.

Pour ma part, je pense qu'il ne s'agira pas, dans le cadre de ce rapport, de faire un résumé. Un résumé n'a strictement aucun sens au stade actuel et compte tenu du niveau non seulement de compétences des participants, mais du niveau de qualité des prestations et également du niveau des discussions. Il ne s'agira pas non plus de faire un exposé ayant un caractère technique, parce que ce caractère technique est tellement mystérieux, tellement interrogatif qu'au fond, ce qui me paraît personnellement utile dans le cadre de ce dialogue que nous pensons organiser à partir du colloque, c'est l'approche et la maîtrise d'une problématique qui nous permette non pas de décrire ce qui est, mais qui nous permette d'avancer en ayant une vision prospective dans le cadre d'une pensée juridique évolutive, dans un univers de création perpétuelle qui vise avant tout l'efficacité et les performances dans le cadre de ces opérations.

C'est un choix, Mesdames et Messieurs, vous pourrez me le reprocher, mais ayez quand même de la compassion pour le juriste, le publiciste qui sommeille en moi dans le cadre de ce différent colloque. C'est pour cela qu'après avoir entendu le rapport introductif, les exposés de ce matin, il serait présomptueux de vouloir ajouter quelque chose. Tout a été dit et pour ma part, je pourrai m'arrêter à ce niveau et considérer la question comme close.

Seulement, par delà une démarche analytique, il me paraît utile de nous engager sur une approche fondée sur l'examen de l'interaction ré-

ciproque qui existe entre internationalisation, droit et justice, voire notamment comment, par-delà les formules, les spectacles de prestidigitacion et par respect pour les auteurs de prestations et pour les participants, on se rend compte que le problème reste entier. En essayant prima facie de simplifier les termes du problème, on a deux propositions qui seraient susceptibles de décrire cette interrelation entre ces trois notions : internationalisation, droit, justice, juge.

D'abord, l'internationalisation du droit n'implique pas nécessairement l'internationalisation de la justice, tandis que l'internationalisation de la justice implique l'internationalisation nécessaire et préalable du droit. Arrêtons-nous un instant sur ces deux propositions. Lorsque nous essayons d'examiner la validité de ces deux propositions, on se rend compte que le centre de gravité de toute la problématique est articulé autour de la personne et de la fonction du juge, et en particulier du juge national qui est chargé d'administrer et d'exécuter la justice.

Dans la première proposition, nous avons deux points importants : d'abord, nous observons que l'internationalisation du droit ne dépouille pas le juge de ses attributions en matière d'interprétation et d'application des règles de Droit international. Parfois même, le droit international, notamment conventionnel, donne compétence directe et immédiate au juge pour appliquer sur le plan interne la règle de Droit international au profit des individus et des personnes. C'est une tendance que nous relevons dans la pratique aussi bien de Droit international public que de Droit international privé.

Cette observation nous amène à relever que dans la mise en œuvre, il faut envisager systématiquement d'une part le destinataire de la règle de droit, vérifier à qui s'adresse la règle de Droit international : à l'individu ou à l'État, ou à un autre sujet de Droit international et en-

visager également le pouvoir et la compétence reconnus au juge dans le cadre de l'exercice de sa mission pour l'interprétation et l'application du Droit international. Ceci me paraît fondamental, parce que sur ce plan, s'agit-il d'une question de formation, d'une interprétation politique de la fonction du juge par rapport au pouvoir exécutif ou tout simplement d'un problème de définition des sphères d'application et d'identification d'espaces pour lesquels la règle de droit s'applique, et la règle de droit est destinée. Il me semble que ce qui est important, c'est moins d'envisager une question de doctrine, un débat théorique, qu'une meilleure identification pratique des implications directes de l'application de la règle de droit.

Cette observation résulte, me semble-t-il, d'une pratique que nous avons connue lorsque nous avons eu à examiner le problème des mesures conservatoires en matière de condamnation à mort aux États-Unis d'Amérique devant la Cour internationale de justice. On s'est rendu compte que lorsque l'on demandait au gouvernement de faire le nécessaire pour que la décision finale respectât les prescriptions de la convention internationale, le service minimum apparaissait comme étant de rigueur. Le service minimum consistait alors à :

- 1. Décrire tout simplement une morale d'intention, notifier la décision au dernier juge pour lui expliquer ce que la cour demandait.*
- 2. Dans le cadre de cette opération, le gouvernement fédéral ne se sentait pas responsable de l'exécution effective des prescriptions de la convention.*

La Cour a été alors amenée à deux reprises à insister sur le fait qu'il ne s'agissait pas de se retrancher derrière une morale d'intention, mais que la Cour était en droit d'exiger une morale de résultat avec un comportement pour que ce qui fut droit fut respecté et effectif. Ceci impli-

quait alors une reconnaissance dans le cadre de l'autonomie du juge et de sa compétence et dans le respect de son indépendance reconnaissait un pouvoir d'interprétation qui fut un pouvoir autonome doté de la plénitude des attributions. Évidemment, la difficulté tenait au fait que le pouvoir n'est pas comme on disait autrefois une pile Wonder, le pouvoir, parfois, s'arrache car le pouvoir est celui que vous croyez détenir et que les autres acceptent et vous l'octroient.

S'agissant maintenant de la seconde proposition, on observera que l'internationalisation nécessaire et préalable représente une condition indispensable à l'internationalisation de la justice et que cette dernière s'inscrit aussi bien dans la forme et la procédure que dans le fond du droit. La gamme des possibilités est ouverte et nous avons ici entendu les différentes techniques mises en œuvre et déployées dans les différents systèmes et pratiques. Je pense que sur ce plan, on peut faire confiance à la fécondité de la créativité des juristes et des diplomates pour mettre en place des mécanismes de droit conventionnel qui puissent satisfaire ce problème.

Lorsque l'on examine ce phénomène d'internationalisation de la justice, il faut avoir conscience, et me semble-t-il, l'occasion nous est offerte, de la nature véritable de la fonction de juger et notamment au niveau des Cours suprêmes. Directement, les juridictions, en fonction directe de leur hiérarchie dans le système judiciaire, participent à l'accomplissement par l'État de l'exercice de son pouvoir régalién. Je ne sais pas comment traduire en anglais la notion de pouvoir régalién, mais on relève une conclusion, c'est la place du souverainisme et de la souveraineté de l'État dans l'exercice international de la fonction de juge. Et c'est une donnée dont il faut tenir compte, non seulement en termes de protection du système juridique national, l'État restant quand même la pierre an-

gulaire de la construction et de l'institution internationale, mais aussi en termes de création parce que comme juge suprême, il vous revient d'assurer une fonction pédagogique à l'adresse des institutions judiciaires, mais également à l'adresse des pouvoirs publics et des institutions de l'État.

En effet, si la séparation des pouvoirs se traduit par la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire autonome, il ne faut pas sous-estimer l'importance du pouvoir judiciaire dans le fonctionnement même de l'État. Lorsque l'exécutif et le législatif aboutissent à une déliquescence du pouvoir, non pas par la disparition du pouvoir, non, c'est ce que je ne veux pas dire, lorsque le pouvoir se manifeste par des craquements et que le pouvoir de décider sombre dans les étages inférieurs de l'exécutif, c'est-à-dire que c'est la bureaucratie et les bureaux qui déterminent ce qu'il y a à faire, la tentation est grande de s'adresser au juge pour combler ce vide. Ceci se manifeste aussi bien dans le cadre d'un certain nombre de phénomènes qu'en sciences politiques nous considérons comme très intéressants avec la montée en puissance des petits juges et des juges d'instruction dans l'opération mains-propres mais également par le développement du contentieux administratif lorsque la bureaucratie s'érige en autorité de pouvoir politique.

On admet donc que la fonction de juger et à votre niveau ne peut pas se dissocier de l'essence du pouvoir de l'État, envisager moins comme pouvoir de commandement que comme autorité auctoritas dans le cadre de l'organisation des relations au sein de la société politique. Ceci ouvrirait peut-être la voie à un débat de fond qui se pose, qui s'impose, parce que l'internationalisation se traduit également par le partage de valeurs communes, de nouvelles exigences auxquelles la justice, de par sa fonction d'exécutif, d'exécutif chargé de mettre en œuvre la décision de droit et chargée d'imprimer dans la vie sociale et dans les relations sociales cette règle

de droit, alors à ce moment-là, vous devenez des acteurs politiques au sens le plus large et l'internationalisation ne vous permettra pas de vous extraire de ce processus.

Combien de fois entendons-nous dans le cadre de ces crises politiques « et la justice, où est sa place ? ». La justice, en participant à un monde international de valeurs, peut-elle répondre encore à cette question, à cette interpellation dans une société en plein désarroi ? A ce moment-là, ce problème se pose parce que parfois, je vous avoue une confiance : lorsqu'en 1972 nous avons connu à Madagascar la première crise, je me suis toujours posé la question « devant la démission du parlement, la déliquescence du pouvoir exécutif, comment se fait-il que la justice n'ait pas répondu présente à l'appel » ? Elle était absente et au nom d'un apolitisme de la justice. Peut-être que si elle était présente de manière active, on aurait eu à ce moment-là un précédent qui aurait été utile.

Dans le cadre toujours de cette internationalisation de la justice, vous avez alors à ce moment-là un autre aspect qui me paraît aussi utile à envisager : c'est l'avènement d'une justice non-étatique, considérée soit dans le cadre d'une *diminutio capitis* de la fonction de juger, soit d'une délégation d'une fonction et nous nous trouvons alors dans le cadre d'une remise en cause du cadre traditionnel. L'espace international et l'internationalisation favorisent à ce moment-là cet avènement d'une justice non-étatique, à base transactionnelle ou je dirais, une justice à base consensuelle de compétences.

Cette internationalisation pose aussi des problèmes. Avec le foisonnement actuel, voire inflationniste des juridictions internationales, on a eu affaire, me semble-t-il, à des difficultés qui n'ont pas été évoquées au cours de ce congrès, or, qu'il faudrait peut-être soulever. Au fond, cette multiplication et cette inflation ne risquent-elles pas de représenter une réponse bureaucratique

à une question de fond ? Je pose la question : la multiplication des juridictions internationales répond-elle à un besoin de bonne justice ou tout simplement à un souhait des juges d'être présents sur la scène et dans la scène internationale ? C'est une question politique sur laquelle j'attire votre attention parce que la tentation est grande de penser aux guêpes d'Aristophane, les juristes étant les guêpes d'Aristophane et à ce moment-là se manifestent dès que vous avez du sucre et dès que vous avez une occasion de se manifester. Quand je pense comment aux négociations de la troisième conférence des Nations-Unies sur le Droit de la mer, on est arrivé à créer ce tribunal international du Droit de la mer, mais tout simplement parce qu'on voulait contester la Cour internationale de justice, laquelle, par le jeu des règles de compétences, se déclarait incompétente pour statuer dans l'affaire qui opposait l'Islande et le Royaume-Uni, l'Islande et la République Fédérale d'Allemagne. Au niveau des diplomates, il était inconcevable d'admettre qu'une juridiction, la Cour internationale de justice, put se déclarer incompétente devant une affaire importante. Ceci est un risque quand même inhérent à cette tendance, à ce souverainisme mais en même temps ce volontarisme et à ce consensualisme qui caractérisent les relations internationales. C'est une internationalisation de la justice dont il faut quand même tenir compte.

Lorsque vous envisagez cette internationalisation et cette inflation de juridictions, beaucoup plus grave se pose le problème de l'administration d'une justice équitable. Les contradictions de jurisprudence inhérentes nécessairement aux caractères consensuels de la base de compétences de ces différentes juridictions ne risquent-elles pas de remettre en cause non seulement la sécurité mais également la prévisibilité des décisions juridiques ?

En définitive, l'internationalisation de la justice,

mais dans un exemple très précis, nous amène à penser que plusieurs questions restent ouvertes et que ces questions requièrent une démarche réflexive. Cette démarche réflexive reste une des préoccupations fondamentales de votre serviteur en matière de rédaction de rapports. En effet, depuis hier, en particulier depuis ce matin avant mon intervention, je crois que tout a été dit. Il n'y a plus rien à ajouter. Et comme qui dirait en malgache : « l'artisan menuisier n'a plus à rectifier le pied de la table car l'ouvrier a connu et vécu ce qui est un angle droit ». La maîtrise de l'angle droit représente une révolution culturelle, technologique et aussi scientifique dans la vie des autres.

Seulement, à regarder de près, deux observations : la première est que dans le cadre des différentes communications, l'importance du rapport introductif a été telle que par rapport aux documents déposés, une évolution a été enregistrée. Ceci implique que la contribution du doyen Jutras représente un chef-d'œuvre sur le plan intellectuel et personnel parce qu'il a relancé le débat, et en le relançant, il a fait œuvre utile et positive dans la mesure où en interpellant les communications, les progrès doivent être enregistrés. La seconde observation est que dans le cadre de ce rapport introductif et dans le dialogue qui s'est noué dans les relations entre le rapporteur et les acteurs de communication, un certain nombre de questions alors méritent, cette fois-ci de la part du rapporteur général, d'être évoquées et débattues.

Dans le rapport de Monsieur le doyen Jutras, dont je salue l'œuvre et pour lequel je rends un hommage, une place très importante a été accordée à l'intégration économique régionale. Cette dernière, qui représente son champ d'investigation, a été choisie comme exemple le plus pertinent dans une perspective de mondialisation et de globalisation. Nous sommes tous d'accord : c'est au niveau de cette intégration

économique régionale que se vérifie par excellence la primauté du droit international sur le droit national.

Ma question, compte tenu de cette observation, est simple : est-ce que on peut assurer la replicabilité du système de primauté du droit international et mondial sur les droits nationaux dans les autres branches du droit ?

Cette question est assez délicate, parce qu'en envisageant les autres branches du droit, viennent à l'esprit des droits fondamentaux. Il s'agit du droit humanitaire, du droit de l'Homme, mais que j'inclue dans le droit en général. La réponse, qui a été fournie s'inspire de la pratique des cours de justice des communautés européennes et dans ce cadre, ou celui de la Cour de justice des communautés intereuropéennes, on a assuré une interprétation globale du système communautaire. L'innovation réside précisément dans cette vision holistique communautaire du droit européen et notamment du système des communautés européennes assurant et garantissant la primauté du droit communautaire sur le droit national. Un professeur de droit international taquinera les professeurs de droit européen en disant que le droit européen est du faux droit international. Ce n'est pas du droit international au sens où nous l'envisageons, mais c'est un droit écrit, un droit administratif, en définitive, c'est un droit exceptionnel qui n'a de raisons d'être que parce que l'Union Européenne a trouvé dans l'histoire politique, économique et sociale de l'Europe et des Européens ses bases matérielles fondamentales. Si vous sortez de la Cour de justice des communautés européennes, on invoquera alors, me semble-t-il, mais nous choisirons l'exemple de la Cour pénale internationale qui représente dans l'évolution du droit actuel comme étant le perfectionnement ou le sommet de la création et de l'affirmation de la primauté du droit international pénal sur le droit national.

Je m'empresse de vous dire que pour ma part, je crois que le succès ou l'impact de la réussite de la Cour pénale internationale ne se mesure pas à une aune quantitative portant sur le nombre de condamnations prononcées, sur le nombre des actes à eux, mais sur ce que j'appellerai le développement du processus de saisine, de traitement des affaires devant la Cour pénale internationale.

Il ne faut pas oublier non plus que le droit n'est pas nécessairement un ensemble de résultats quantifiables. Le droit, c'est aussi l'engagement dans un processus irréversible, pour reprendre l'expression du Général ou du Maréchal Montgomery, paver la voie pour que les acquis ne soient pas remis en cause. Dans le cadre de la Cour pénale internationale, même s'il y a des difficultés, même s'il y a des oppositions, on se trouve alors à ce moment-là devant une création qui fait son bonhomme de chemin et qui se veut être l'expression d'une solidarité internationale qui serait alors à ce moment-là les bases matérielles de cette internationalisation de la juridiction.

Sur ce plan, permettez-moi de vous dire ma conviction : la Cour pénale internationale connaîtra également les mêmes affaires, les mêmes doutes, les mêmes difficultés, mais aussi les mêmes succès que la Cour internationale de justice. A un moment donné, il est impossible de faire fi du droit, de vouloir renoncer à l'application du droit international même du droit pénal international. Il faut accepter ces péripéties, mais c'est peut-être à ce prix que l'on arrivera dans le cadre d'une approche raisonnée et raisonnable des problèmes, c'est-à-dire qu'on demandera à la Cour pénale internationale de juger non pas des lampistes ni des petits poisons, mais les véritables responsables des crimes que l'on assurera sans triomphe et sans succès.

En définitive, si l'intégration économique régionale représente la preuve par excellence de la

primauté du droit international sur le droit interne, il ne faut pas raisonner en termes de replicabilité, en termes de résultats, mais raisonner suivant une démarche franciscaine de Saint François d'Assise selon laquelle l'approche doit avoir un caractère vectoriel. La direction de la marche est assurée et déterminée et le caractère irréversible doit être fixé et obtenu.

Le phénomène de la résistance à cette internationalisation doit être apprécié à sa juste valeur, une résistance qui n'a pas lieu, me semble-t-il, de diaboliser, ni de dramatiser, qui, en termes théoriques, car lorsque l'on examine ces phénomènes de résistance et que l'on est tenté par la brillance de la construction intellectuelle et la brillance théorique, on aboutira nécessairement à un échec. En revanche, c'est en termes de pratique, de narration des opérations qui ont convenu des succès, s'agissant du rappel à l'ordre et de la condamnation par manquement, le rappel de ces narrations et de ces contes que l'on pourra alors à ce moment-là aboutir.

En effet, nous aboutissons, nous arrivons à la deuxième question qui apparaît dans le rapport introductif et qui a marqué les différentes interventions ultérieures. Les dispositions stipulant la portée obligatoire des arrêts suffisent-elles pour permettre leur exécution sans la formalité de l'exequatur ?

Certes, c'est une question de principes, c'est une déclaration d'intentions, mais le dialogue, s'il est limité à un échange entre la juridiction internationale et l'État ou la juridiction nationale de la partie aux différends, un tel dialogue a-t-il raisonnablement des chances de se débloquent ? Le réalisme juridique et politique n'impose-t-il pas une distinction entre deux problèmes différents : d'une part le problème de l'exequatur, et d'autre part la portée erga omnes de la décision obligatoire ?

A ce titre, je me permets modestement et humblement de rappeler que les mécanismes d'exécution des décisions de la Cour internationale de justice, y compris les mesures conservatoires et la saisine du Conseil de sécurité ouverte à une partie qui se plaint de l'inexécution d'une décision peut être utile, dans la mesure où ce rappel de ce mécanisme ouvre des perspectives qui convient d'envisager. En effet, pour quoi ne pas, dans le cadre de cette opération, faire montre de créativité, surtout lorsque l'on a présente à l'esprit l'idée selon laquelle la base de compétences de la Cour internationale de justice a un caractère consensuel, c'est-à-dire est acceptée dans le cadre du consentement juridictionnel de l'État.

Dans le cadre de cette base consensuelle de compétences, il n'est pas interdit de créer un véritable système et un véritable mécanisme qui permettent de passer outre à la résistance à l'exécution des décisions de la juridiction internationale.

Enfin, la dernière question, qui surgit dans le cadre du rapport introductif, est relative à l'obligation pour tous les organes de l'État, membres concernés, y compris les Cours nationales d'assurer l'exécution des arrêts. Il s'agit à ce moment-là s'une source de difficultés lorsqu'il faut déterminer le pouvoir d'instruction de la juridiction internationale à l'adresse notamment des juridictions nationales, dans le cadre du respect de l'indépendance du juge au sein d'un État de droit. Pour ma part, j'en ai déjà parlé, mais je pense que là-dessus, c'est plus dans le cadre de l'instauration de la confiance, dans le cadre de la pratique, de la coordination, dans un cadre macrosmatique que l'on pourra dépasser ce problème.

Une fois ces trois questions résolues, nous nous trouvons devant la charnière de tout ce phénomène d'internationalisation, le juge qui est incontournable, car il est peut-être un élément de

résistance et d'opposition pour le développement uniforme du droit, mais il est aussi incontournable pour la mise en œuvre et pour l'exécution de ces décisions.

C'est dans ce sens que le problème du juge doit être examiné, moins en termes théoriques, au nom d'une obstruction souverainiste ou d'un suivisme internationaliste qui relève pour moi de la même nature fondamentale que, surtout, d'un problème d'analyse de stratégie. Comment le juge est amené à participer à cette action d'internationalisation du droit et d'internationalisation de la justice ?

En examinant et en écoutant les différentes interventions à caractère technique et qui m'ont paru aussi savante les unes que les autres, je me suis posé la question si, en définitive, une stratégie oblique ou indirecte par contournement des difficultés ne représente pas la méthode la plus pertinente. Il n'est pas exact de dire que le juge et le système judiciaire national refusent la porosité au monde international.

Il me paraît aussi excessif de raisonner en termes d'affrontements directs des théories et il me paraît irréaliste de raisonner en terme de guerre de position, comme dans une situation de guerre froide, et penser que le développement de l'international se traduira par une perte de situation et une capitulation du juge national.

J'ai cru comprendre, dans les différentes interventions, une préférence pour un chemin oblique et ce dernier consiste à déplacer la tension pour que puisse se créer un espace où, sans trop de heurts, on puisse ancrer un rattachement à l'ordre juridique considéré. Rechercher les éléments de solidarité impliquée par le droit signifie d'abord : avant tout, respect et recherche de la vérité des faits matériels et le soin, peut-être qu'au niveau d'une juridiction suprême c'est trop tard, mais il me paraît indispensable que dans le cadre de cette création

d'une internationalisation du droit et de la justice, une priorité soit accordée au respect des faits matériels dans toute leur dimension.

Quand on dit dans toute leur dimension, je pense à cette évolution que nous avons connue à la Cour internationale de justice, où, en plus du respect et de l'application des catégories traditionnelles auxquelles nous sommes habitués, la Cour a été amenée à inclure, dans le cadre de cette recherche des faits, les nouvelles dimensions de la connaissance scientifique et technique. Ceci s'appelle l'anthropologie juridique, la science politique et même la sociologie. Je peux assurer, Monsieur le Président, que dans le cadre de la recherche des solutions des différends africains, si la Cour s'était limitée uniquement aux catégories traditionnelles de droit, nous aurions été dans une situation impossible, car nous avons conscience des limites de ces propres catégories juridiques dans l'application et dans la recherche de solutions. Ceci a été valable dans le cadre du différend Mali/Burkina-Faso, où la Chambre a été amenée à redéfinir les termes de l'enjeu à partir des faits, mais des faits envisagés de manière croisée avec l'application non seulement des considérations historiques et des considérations de droit traditionnel, mais avec l'intervention des éléments d'anthropologie, de sociologie et de science politique qui permettaient alors une meilleure approche et une meilleure emprise de cette réalité.

C'est dans ce sens qu'au fond, le droit est d'abord création. Au fur et à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie, on se retrouve devant l'affirmation de la thèse de celui qui a été mon Maître en Droit administratif Daniel Bardonnet, le Tribunal des conflits juges du fond. L'affaire Rosé en Droit administratif. La requalification des faits suivant un regard croisé et multidisciplinaire et transdisciplinaire nous amène à la conclusion que ce qui est vrai en droit doit

être aussi accepté comme vrai dans les autres disciplines scientifiques, en Histoire, en anthropologie et en sciences politiques. Comme disait le Général de Gaulle dans une de ses affirmations : « ce qui est vrai n'est pas sécable ni divisible ». C'est vrai, un point c'est tout et c'est vrai dans les faits.

Cette recherche des faits et de la vérité et de la matérialité des faits a une double vertu, d'abord, l'apaisement dans l'approche des problèmes vécus. Cet apaisement signifie en définitive qu'au fond, ce qui est important, c'est d'administrer une bonne justice telle que cette réalité l'exige. En même temps, elle permet d'identifier les vrais problèmes autour desquels s'articuleront la stratégie de décision et la définition de ce qui peut être l'opération.

Voilà, Mesdames et Messieurs ce que je voulais dire à propos de nos travaux, mais je ne serai pas satisfait si dans le cadre de ces travaux, et notamment compte tenu des interventions de ce matin, nous ne mettions pas l'accent sur la spécificité de la coopération dans le domaine judiciaire et juridique, compte tenu de ce que l'on a appelé la coopération dans l'internationalisation du droit et de la justice.

On a beaucoup insisté sur l'imprégnation réciproque dans l'inculturation, non seulement de l'univers juridique étranger mais l'inculturation dans un univers aussi mondialisé et globalisé. En définitive, le colloque d'aujourd'hui amène la coopération juridique francophone à la croisée des chemins et à être interpellée sur le plan politique, sur sa raison d'être et sur sa finalité.

Cette coopération a un double domaine d'intervention, aussi bien à usage externe, dans ses relations avec le monde extérieur à l'univers francophone, que dans un usage interne. Je dirais même : le confort et l'accomplissement de l'épanouissement des entités des membres de l'organisation francophone dans la promotion

et le respect de ce qu'il est convenu d'appeler la diversité culturelle dans toute sa dimension. C'est dans la réalisation de ce double aspect de coopération qu'on voit redéfinir la place de l'univers francophone. Pour ce faire, il y a peut-être un préalable politique qui s'impose. Jean de Gaudusson l'a évoqué ce matin et je n'aurai de cesse d'insister sur le fait que cet univers francophone du monde juridique et judiciaire est soumis à une véritable loi du marché de compétition, une compétition qui ne se limite pas à l'univers de la loi de l'offre et de la demande. S'il en était ainsi, cela aurait été plus simple ; mais une compétition que je qualifierais mythique au sens du Mythe de Georges Sorel, c'est-à-dire une représentation subjective de ce qui, sur le plan du droit et de la justice, assurerait efficacement l'accès au monde de la modernité, au monde mondialisé et globalisé.

La question est très simple : est-ce que l'univers francophone assure cette entrée et est reconnu sur le plan juridique et judiciaire comme répondant favorisant cet accès ? C'est un problème qui se pose et le problème n'a de sens que si par-delà les mécanismes plus ou moins bureaucratiques et institutionnels, il y a une représentation mythique et subjective de cet accès. La réponse ne peut être que politique.

Dans cet élément de réponse, il y a un deuxième élément, c'est l'importance du rôle de la performance. Dans ce cadre politique, qui, sans aucun doute, est marqué par une option préférentielle pour le positivisme et le concret, dans une approche qui n'est pas loin d'une vision financière et commerciale, l'univers juridique et judiciaire francophone est-il performant ? En d'autres termes : assure-t-il effectivement et est-il perçu comme assurant effectivement cette entrée dans ce monde qui nous défie au titre du 21^{ème} siècle ? A ce moment-là, se pose le problème de l'expertise francophone, une expertise individuelle associative

ou collective. Dans le cadre de cette expertise, c'est moins le confort des situations de rente qui est à évaluer, que le caractère offensif déterminé et réaliste des projets de l'univers francophone sur le plan juridique et judiciaire.

Il en résulte, Mesdames et Messieurs, une ardente obligation d'identifier, de soutenir et de diffuser ces éléments d'expertise et de performance pour que l'univers francophone ait sa place en droit et en fait dans le monde contemporain, mais ceci n'est possible que dans le cadre d'une mobilisation totale et générale de toutes les ressources de l'univers francophone pour que non seulement la performance et l'expertise francophone aient un sens. En d'autres termes, c'est moins en termes d'éradication du complexe de Fachoda que dans l'aptitude de l'univers francophone à définir un projet et un ordre de marche dans la découverte de ses trésors et la libéralisation des initiatives. Elle implique une capitalisation aussi bien des échecs que des succès et la mission de l'AHJUCAF sera donc pour le secteur qu'elle couvre de favoriser cette véritable capitalisation dynamique pour qu'enfin, on se retrouve vers nos propres valeurs et nos propres ressources.

Pour terminer, cette mobilisation implique, sur le plan financier et budgétaire, un véritable effort pour que le financement de ces projets ne résulte plus d'une simple subvention, d'un subventionnement paternaliste ou même colonialiste - pour quoi avoir peur d'utiliser le mot ? - mais d'un véritable financement pluriannuel pour la pérennisation d'une stratégie offensive qui implique non plus seulement de la part de l'organisation internationale de la francophonie une simple démarche de quémandeurs auprès des gouvernements mais d'une véritable interpellation et mise en situation des institutions et partenaires financiers et économiques, et des universitaires.

En d'autres termes, au terme de nos travaux, je me suis demandé si la première bataille, dans

le cadre de cette recherche de l'internationalisation du droit et de la justice, n'est pas de briser le sentiment d'impuissance face au défi de cette internationalisation et en même temps, briser les sentiments d'isolement qui sont à ce moment-là les principales plaies qui nous interdisent d'envisager avec foi et engagement et détermination le nouveau monde.

Je vous remercie.

Allocution de clôture

*Monsieur Ghaleb GHANEM,
Premier Président de la Cour de cassation
du Liban, Président de L'AHJUCAF*

Chers collègues,

Mesdames, Messieurs,

Nous arrivons au terme de notre congrès tout en étant sûrs que ce n'est qu'un pas dans la longue marche vers l'accomplissement de nos buts nobles, ambitieux, et tellement importants pour le développement du droit et le bien de la société et de l'humanité.

Il est à avouer, à cette occasion, que nos travaux n'auraient pas pu être couronnés de succès sans l'aide généreuse et pertinente, l'amabilité et l'efficacité de nos collègues canadiens. A eux toute notre sympathie et les meilleurs vœux de progrès et de prospérité.

Personne ne peut ignorer l'impact de la mondialisation sur le droit. La mondialisation a, certes, ses deux faces, son envers et son revers. Si l'envers dénote parfois un envahissement atroce et douteux des traditions, des diversités et des spécificités enrichissantes, le revers connote la nécessité de changement et de développement, d'ouverture et de complémentar-

rité ... Il est, dans ce sens, porteur d'espoir.

Sur ce, nous devons, en tant que juristes, parler un langage commun qui dépasse les barrières et les frontières.

Les germes de la raison et les racines des grandes valeurs sont à la base des familles et systèmes juridiques connus dans le monde. Rien n'empêche donc un dialogue permanent, compréhensif et fructueux pour plus d'intégration et de cohérence ... la famille francophone ouvre les bras au dialogue pour permettre aux diversités de se développer dans un milieu fédérateur.

L'impact de l'environnement sur notre quotidien et sur notre avenir est devenu évident. C'est pourquoi nous avons décidé d'intégrer le droit de l'environnement dans nos projets, aux côtés des autres projets auxquels nous consacrerons, l'année prochaine et celles qui suivent, nos efforts.

Je suis confiant que, main dans la main, armés de la même foi, animés par le même courage. Poussés par la même volonté, nous ne pourrions qu'aboutir à une meilleure justice dans le monde.

Dites moi, à quoi sert donc la justice, si elle n'est pas conçue, impliquée et généralisée au service des justiciables, au service de l'homme.

Notre association s'est entièrement impliquée et engagée dans ce sens.

Grand succès pour elle.

Mots de clôture

*La très honorable Beverley McLachlin,
Juge en Chef du Canada*

Mesdames et messieurs les juges,

Distingués invités,

Nous voici réunis dans ce hall spectaculaire pour célébrer nos travaux et les amitiés renouvelées. Vous avez fait preuve de beaucoup de concentration au cours de ce marathon de deux jours et vous avez travaillé d'arrache-pied pour en venir aux conclusions de ce congrès. Je suis très contente de voir que vos efforts ont porté fruit et vous en félicite. J'ose espérer que la réflexion amorcée ici vous aidera tous dans votre travail une fois rentrés chez vous.

Je ne parlerai pas longtemps, car je sais qu'un agréable repas nous attend. Mais de tels événements ne sont possibles que grâce au dévouement de très nombreuses personnes. Mon défi est donc de remercier adéquatement tous ceux et celles qui ont contribué au succès de ce congrès, car je risque d'oublier quelqu'un, mais je relève le défi avec confiance sachant que si d'aventure, je fais un oubli, on ne m'en tiendra pas rigueur.

J'ai mentionné hier matin la dette que nous avons tous à l'égard du juge Louis LeBel qui a consacré beaucoup d'énergie à ce congrès. Je le remercie en votre nom à tous. Je tiens à souligner l'apport du doyen Jutras à l'aspect intellectuel des travaux, ainsi que celui de tous les intervenants, présidents de séance et conférenciers.

De ce côté de l'Atlantique, l'élaboration du programme n'aurait pas été possible sans la contribution du comité local, dont la juge Deschamps et le registraire de la Cour suprême du Canada, Monsieur Roger Bilodeau faisaient partie. Pour la logistique, M. Michel Gallant, directeur du protocole à la Cour ainsi que Mme Judith Lamarche se sont dépensés sans compter,

assisté de Mme Chantal Corbeil. Je tiens à souligner l'accueil de l'ambassadeur de France, M. François Delattre et Mme Sophie l'Helias Delattre. Je remercie aussi sincèrement Mme Louise Poudrier-LeBel d'avoir accompagné les conjointes avec son dynamisme habituel. Nos huissiers se sont aussi offerts pour faciliter le transport. Les bénévoles de la Cour nous ont aussi généreusement donné de leur temps. Quant à l'hôtel Ottawa Marriott, il a su nous assurer un accueil à la hauteur de l'événement.

De l'autre côté de l'Atlantique, avec l'appui de M. Gillet, le Secrétaire général de l'AHJUCAF, M. Guillaume Adreani a effectué un travail titanesque pour lequel il reçoit notre profonde reconnaissance. Par ailleurs, rien n'aurait été possible sans l'appui de l'OIF, que nous saluons ici en la personne de Mme Patricia Herdt.

Finalement, il me reste à remercier tous les participants, juges en chef, présidents de cour, juges et invités spéciaux, pour leur participation enthousiaste au troisième congrès de l'AHJUCAF.

Je vous souhaite une agréable excursion demain et j'espère que ce congrès restera dans notre mémoire collective comme un moment privilégié! A tous et à toutes, bon appétit.

NOTES

1 - Article 16

2 - Arrêt Costa contre ENEL, 1964.

3 - Elle a ainsi réaffirmé sa position prise dans l'arrêt Da Costa du 27 mars 1963.

4 - Article 20 du Protocole additionnel n° 1 : « les arrêts de la Cour de Justice ont force exécutoire, conformément aux dispositions de son règlement de procédures. Ils sont publiés au Bulletin officiel, article 57 du Règlement n° 01/96/CM portant règlement de procédures, que « l'arrêt a force obligatoire à compter du jour de son prononcé ».

5 - L'objectif du recours en manquement est de faire reconnaître par la Cour de Justice, à la demande de la Commission ou d'un autre État membre, qu'un État a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du Traité ou des normes dérivées.

6 - CJCE - 9 mars 1978 - Simmenthal ; 13 mars 1997 - Morelato / USR n°11 di Pordenone.

7 - S/RES/827 (1993), 25 mai 1993.

8 - Jean-Jacques Heintz et Hafida Lahiouel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : des problèmes... une réussite, Pouvoirs : revue trimestrielle 92 (2000), p. 139.

9 - Articles 1, 6 et 8 du Statut du TPIY.

10 - Le Procureur c/ Milan Milutinovi et al., affaire no IT-99-37-PT, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence, 6 mai 2003, (ci-après « Décision Milutinovi et al. sur l'exception préjudicielle d'incompétence »), par. 47.

11 - Article 6 du Statut du TPIY.

12 - Cf. Prosecutor v. Ljube Boškoski and Johan Tar ulovski, Case No. IT-04-82-A, Judgement, 19 May 2010, para. 52; Prosecutor v. Dražen Erdemovi, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgement, 29 November 1996, paras 92-95; Prosecutor v. Duško Tadić a.k.a. "Dule", Case No. IT-94-1-T, Sentencing Judgement, 14 July 1997, para. 60; Prosecutor v. Predrag Banovi, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgement, 28 October 2003, paras 45 and 91; Prosecutor v. Ranko ešić, Case No. IT-95-10/1-S, Sentencing Judgement, 11 March 2004, para. 37; Prosecutor v. Darko Mrđić, Case No. IT-02-59-S, Sentencing Judgement, 31 March 2004, para. 53. Voir aussi le rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, U.N. Doc. S/25704, par. 54: « toutes les personnes qui participant à la planification, à la préparation ou à l'exécution de violations graves du droit international humanitaire dans l'ex-Yougoslavie contribuent à commettre la violation et sont donc individuellement responsables. »

13 - Article 2 du Statut du TPIY.

14 - Article 3 du Statut du TPIY.

15 - Article 4 du Statut du TPIY.

16 - Article 5 du Statut du TPIY.

17 - S/RES/955 (1994), 8 novembre 1994.

18 - Préambule et articles 1, 5 et 6 du Statut du TPIR.

19 - Article 5 du Statut du TPIR.

20 - Décision Milutinovi et al. sur l'exception préjudicielle d'incompétence, Opinion individuelle du Juge Patrick Robinson, par. 40.

21 - Le Procureur c/ Georges Ruggiu, affaire no ICTR-97-32-I, Jugement portant condamnation, 1er juin 2000.

22 - U.N. Doc. S/1995/134, Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, 13 février 1995, p. 4.

23 - La Chambre d'appel a statué que le crime pour lequel la responsabilité de l'accusé est alléguée doit avoir été commis en 1994 et les actes ou omissions de l'accusé qui fondent sa responsabilité et en vertu d'un mode de responsabilité prévus à l'article 6 1) du Statut du TPIR doivent avoir eu lieu en 1994, et l'accusé devait avoir au moment de ces actes ou omissions l'intention requise pour être tenu responsable. (Nahimana et al. c/ Le Procureur, affaire no ICTR-99-52-A, Arrêt, 28 novembre 2007, par. 313).

24 - Article 2 du Statut du TPIR.

25 - Article 3 du Statut du TPIR.

26 - Article 4 du Statut du TPIR.

27 - Mutoy Mubiala, Le tribunal international pour le Rwanda : vraie ou fausse copie du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie?, Revue générale de droit international public, 1995 (ci-après « Article de Mutoy Mubiala sur le TPIR »), p. 945.

28 - Article 4 du Statut du TPIR.

29 - Article 2 du Statut du TPIY.

30 - Article 18 4) du Statut du TPIY et article 17 4) du Statut du TPIR.

31 - Article 17 4) du Statut du TPIR et article 18 4) du Statut du TPIY. Voir également article 28 A) du Règlement du TPIY et article 28 du Règlement du TPIR.

32 - Articles 47 A) des Règlements du TPIY et du TPIR.

- 33 - Article 47 E) des Règlements du TPIY et du TPIR. Voir également article 19 du Statut du TPIY et article 18 du Statut du TPIR.
- 34 - Article 47 F) des Règlements du TPIY et du TPIR.
- 35 - Article 47 I) des Règlements du TPIY et du TPIR.
- 36 - Article 47 H) des Règlements du TPIY et du TPIR. Voir également l'article 55 des Règlements du TPIY et du TPIR.
- 37 - Article 53 A) des Règlements du TPIY et du TPIR.
- 38 - Article 52 des Règlements du TPIY et du TPIR.
- 39 - Article 50 A) i) des Règlements du TPIY et du TPIR.
- 40 - Article 51 A) i) du Règlement du TPIY et article 51 A) du Règlement du TPIR.
- 41 - Article 53 bis A) des Règlements du TPIY et du TPIR.
- 42 - Article 53 bis A) du Règlement du TPIR.
- 43 - Article 53 bis A) du Règlement du TPIY.
- 44 - Le Procureur c/ Athanase Seromba, affaire n° ICTR-2001-66-A, Arrêt, 12 mars 2008, par. 27 (ci-après « Arrêt Seromba »). Voir aussi, Tharcisse Muvunyi v. The Prosecutor, Case n° ICTR-2000-55A-A, Judgement, 29 August 2008, para. 18 (ci-après « Arrêt Muvunyi »).
- 45 - Arrêt Muvunyi, par. 20; Arrêt Seromba, par. 100.
- 46 - Arrêt Muvunyi, par. 28; Mikaeli Muhimana c/ Le Procureur, affaire n° ICTR 95 1B A, Arrêt, 21 mai 2007, par. 82, 201, 223 citant Sylvestre Gacumbitsi v. The Prosecutor, Case No. ICTR-2001-64-A, Judgement, 7 July 2006, paras 57, 58. Voir également The Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, Judgement, 13 December 2004, para. 48 (concluant que la déclaration d'un témoin, lue à la lumière des « informations claires » contenues dans le mémoire préalable au procès du Procureur et ses annexes, peuvent suffire à purger un acte d'accusation vicié). Cette position cadre avec la jurisprudence du TPIY (voir Le Procureur c/Mladen Naletili, alias « TUTA » et Vinko Martinović, alias « ŠTELA », affaire n° IT-98-34-A, Arrêt, 3 mai 2006, par. 45).
- 47 - Article 50 A) i) b) du Règlement du TPIY.
- 48 - Article 50 A) i) c) du Règlement du TPIY.
- 49 - Article 50 A) i) du Règlement du TPIR.
- 50 - Article 50 A) i) du Règlement du TPIR. Voir également article 73 du Règlement du TPIR.
- 51 - Article 50 B) des Règlements du TPIR et du TPIY.
- 52 - Article 62 des Règlements du TPIY et TPIR.
- 53 - Article 62 A) iii) du Règlement du TPIR.
- 54 - Article 62 A) iii) du Règlement du TPIY.
- 55 - Article 62 A) iv) du Règlement du TPIY.
- 56 - Articles 62 vi) et 62 bis i) à iv) du Règlement du TPIY et article 62 B) i) à iv) du Règlement du TPIR. Voir également Prosecutor v. Milan Babi, Case No. IT-03-72-A, Judgement on Sentencing Appeal, 18 July 2005, para. 18 (ci-après « Arrêt Babi »).
- 57 - Article 62 ter A) i) à iii) du Règlement du TPIY et article 62 bis A) i) à iii) du Règlement du TPIR.
- 58 - Article 62 ter B) du Règlement du TPIY et article 62 bis B) du Règlement du TPIR. Voir également Arrêt Babi, par. 30.
- 59 - Le Procureur c/ Dragan Nikoli, affaire n° IT-94-2-A, Arrêt relatif à la Sentence, 4 février 2005, par. 89.
- 60 - Article 62 bis C) du Règlement du TPIR et Article 62 ter C) du Règlement du TPIY.
- 61 - Article 62 du Règlement du TPIR et Article 62 bis du Règlement du TPIY.
- 62 - Article 9 du Statut du TPIY.
- 63 - Article 9 2) du Statut du TPIY.
- 64 - Article 8 2) du Statut du TPIR.
- 65 - Concernant la procédure d'une demande de dessaisissement, voir les articles 9 à 11 du Règlement du TPIY ainsi que celui du TPIR.
- 66 - Concernant une proposition de requête officielle de dessaisissement en faveur du Tribunal, affaire no IT-94-1-D, Décision de la Chambre de première instance statuant sur la requête du Procureur aux fins de dessaisissement en faveur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Dusko Tadi, 8 novembre 1994.
- 67 - Concernant une proposition de demande officielle de dessaisissement en faveur du Tribunal adressée à la République de Bosnie-Herzégovine concernant Radovan Karadžić, Ratko Mladić et Mićo Stanišić, affaire no IT-95-5-D, Décision, 16 mai 1995.
- 68 - In Re : La République de Macédoine, affaire no IT-02-55-MISC.6, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de dessaisissement et à la demande de délivrance d'une ordonnance adressée à l'ex-République Yougoslave de Macédoine, 4 octobre 2002, par. 42 à 44, p. 21.
- 69 - Le 31 août 2004.
- 70 - Le 14 mars 2005.
- 71 - Article 9 du Règlement du TPIR.

- 72** - Concernant une requête introduite par le Procureur aux fins d'obtenir une demande officielle de dessaisissement du Royaume de Belgique, affaire concernant : Théoneste Bagosora, affaire no ICTR-96-7-D, Décision de la Chambre de première instance statuant sur la requête introduite par le Procureur aux fins d'obtenir une demande officielle de dessaisissement en faveur du Tribunal pénal international pour le Rwanda dans le cadre de l'affaire Théoneste Bagosora (conformément aux articles 9 et 10 du Règlement de procédure et de preuve), 17 mai 1996.
- 73** - Tilman Blumenstock and Wayde Pittman, The transfer of Cases Before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to Competent National Jurisdictions, 21 Journal of International Law of Peace and Armed Conflict 106, February 2008 (ci-après « Article de Tilman Blumenstock et Wayde Pittman sur la procédure de renvoi d'affaires du TPIY devant les instances nationales »), p. 112.
- 74** - Le Procureur c/ Wenceslas Munyeshyaka, affaire no ICTR-2005-87-I, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de renvoi de l'Acte d'accusation contre Wenceslas Munyeshyaka aux autorités françaises, 20 novembre 2007; Le Procureur c/ Laurent Bucyibaruta, affaire no ICTR-2005-85-I, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de renvoi de l'Acte d'accusation contre Laurent Bucyibaruta aux autorités françaises, 20 novembre 2007.
- 75** - Le Procureur c/ Michel Bagaragaza, affaire no ICTR-2005-86-11bis, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de renvoi de l'Acte d'accusation aux autorités du Royaume des Pays-Bas, 13 avril 2007, p. 15.
- 76** - Le Procureur c/ Michel Bagaragaza, affaire no ICTR-2005-86-11bis, Décision relative à la requête en extrême urgence du Procureur tendant à faire annuler la décision de renvoi d'une affaire aux autorités du Royaume des Pays-Bas en vertu des paragraphes F) et G) de l'article 11 bis du Règlement, 17 août 2007, (ci-après « Décision annulant le renvoi de l'affaire Bagaragaza »).
- 77** - Décision annulant le renvoi de l'affaire Bagaragaza, p. 6.
- 78** - Article 11 C) du Règlement du TPIY.
- 79** - Article de Tilman Blumenstock et Wayde Pittman sur la procédure de renvoi d'affaires du TPIY devant les instances nationales, p. 111.
- 80** - Prosecutor v. Milorad Trbi , Case No. IT-04-88/1-PT, Decision on Motion for Referral Under Rule 11 bis with Confidential Annex, 27 April 2007, paras 17-23.
- 81** - Le Procureur c/ Radovan Stankovi , affaire no IT-96-23/2-PT, Décision portant renvoi de l'affaire en application de l'article 11 bis du Règlement, 17 mai 2005 (ci-après « Décision de renvoi de l'affaire Stankovi »), par. 96. Cette décision a été confirmée en appel. Voir Prosecutor v. Radovan Stankovi , Case No. IT-96-23/2-AR11bis.1, Decision on Rule 11 bis Referral, 1 September 2005, para. 59. Par ailleurs, le transfert de M. Stankovi a eu lieu le 29 septembre 2005.
- 82** - Prosecutor v. Radovan Stankovi , Case No. X-KR-05/70, Appeal Judgement of the Bosnia and Herzegovina Court, 28 March 2007. Prosecutor v. Radovan Stankovi , Case No. X-KR-05/70, Trial Judgement of the Bosnia and Herzegovina Court, 14 November 2006. Le 25 mai 2007, M. Stankovi s'est enfui de la prison où il purgeait sa peine (Article de Tilman Blumenstock et Wayde Pittman sur la procédure de renvoi d'affaires du TPIY devant les instances nationales, p. 100). Il n'a pas été arrêté depuis.
- 83** - Article de Tilman Blumenstock et Wayde Pittman sur la procédure de renvoi d'affaires du TPIY devant les instances nationales, p. 100.
- 84** - Prosecutor v. Milan Luki and Sredoje Luki , Case No. IT-98-32/1-PT, Decision on Referral of Case Pursuant to Rule 11 bis with Confidential Annex A and Annex B, 5 April 2007.
- 85** - Prosecutor v. Milan Luki and Sredoje Luki , Case No. IT-98-32/1-AR11bis.1, Decision on Milan Luki 's Appeal Regarding Referral, 11 July 2007 (ci-après « Décision d'appel de Milan Luki »), para. 22.
- 86** - Décision d'appel de Milan Luki , para. 25. La décision de renvoi de Sredoje Luki a par la suite été révoquée et il a été jugé conjointement avec Milan Luki (Prosecutor v. Milan Luki and Sredoje Luki , Case No. IT-98-32/1-PT, Decision on Prosecutor's Request Pursuant to Rule 11 bis F) with Regards to Sredoje Luki and Incorporated Decision Vacating Scheduling Order, 20 July 2007).
- 87** - Dragomir Miloševi n'était subordonné qu'à Ratko Mladi et Radovan Karadzic . Prosecutor v. Dragomir Miloševi , Case No. IT-98-29/1-PT, Decision on Referral of Case Pursuant to Rule 11 bis, 8 July 2005, paras 21-24.
- 88** - Prosecutor v. Rasim Deli , Case No. IT-04-83-PT, Decision on Motion for Referral of Case Pursuant to Rule 11 bis, 9 July 2007 (ci-après « Décision sur la demande de renvoi de l'affaire Rasim Deli »), paras 24-26.
- 89** - The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana, Case No. ICTR-00-55B-R11 bis, Decision on the Prosecution's Appeal Against Decision on Referral under Rule 11 bis, 4 December 2008 (ci-après « Décision d'appel Hategekimana »), para. 4: The Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga, Case No. ICTR-2002-78-R11 bis, Decision on the Prosecution's Appeal Against Decision on Referral under Rule 11 bis, 30 October 2008 (ci-après « Décision d'ap-

pel Kanyarukiga »), para. 4; Le Procureur c/ Yussuf Munyakazi, affaire No. ICTR-97-36-R1 1bis, Décision relative à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision portant rejet de la demande de renvoi en application de l'article 11 bis du Règlement, 8 Octobre 2008 (ci-après « Décision d'appel Munyakazi »), para. 4.

90 - Décision d'appel Hategekimana, par. 4; Décision d'appel Kanyarukiga, par. 4; Décision d'appel Munyakazi, par. 4; Le Procureur c. Michel Bagaragaza, affaire No. ICTR-05-AR1 1bis, Décision relative à l'appel interjeté en vertu de l'article 11 bis du Règlement, 30 août 2006, par. 9; The Prosecutor v. Zeljko Mejaki et al., Case No. IT02-65-AR1 1bis.1, Decision on Joint Defence Appeal against Decision on Referral under Rule 11bis, 7 April 2006 (ci-après « Décision de renvoi de l'affaire Mejaki et al. »), para. 60.

91 - Ces refus ont d'ailleurs été confirmés en appel. Voir Décision d'appel Hategekimana, par. 41; Décision d'appel Kanyarukiga, p. 15; Décision d'appel Munyakazi, par. 51.

92 - Décision d'appel Munyakazi, para. 50.

93 - A/CONF.183/9. Le Statut de Rome est entré en vigueur le 1er juillet 2002, après sa ratification par 60 États Membres. En date du 24 mars 2010, 111 pays États Parties ont adhéré au Statut de Rome. Voir également l'Accord relatif à la coopération entre la CPI et les Nations Unies : l'Accord négocié régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations Unies, ICC-ASP/3/Res.1, adopté le 4 octobre 2004 et entré en vigueur le 22 juillet 2004.

94 - Règle 90 1) du Règlement de procédure et de preuve de la CPI.

95 - Règle 89 1) du Règlement de procédure et de preuve de la CPI.

96 - Article 75 du Statut de la CPI.

97 - Article 79 du Statut de la CPI et Règle 98 du Règlement de procédure et de preuve de la CPI. Le Fonds en faveur des victimes a été établi par l'Assemblée des États Parties en septembre 2002.

98 - Règle 97 du Règlement de procédure et de preuve de la CPI.

99 - Règle 94 du Règlement de procédure et de preuve de la CPI.

100 - Article 11 du Statut de Rome.

101 - Article 6 du Statut de Rome.

102 - Article 7 du Statut de Rome.

103 - Article 8 du Statut de Rome. « »

104 - Article 5 d) du Statut de Rome.

105 - RC/Res.6, Le crime d'agression, 28 juin 2010 (Advance version) (ci-après « Résolution sur le crime d'agression »; Press Release, ICC-ASP-20100612-PR546, Review Conference of the Rome Statute concludes in Kampala, 12 June 2010.

106 - Résolution sur le crime d'agression, Annexe I, par. 2) article 8 bis 1).

107 - Résolution sur le crime d'agression, Annexe I, par. 2) article 8 bis 2).

108 - Résolution sur le crime d'agression, Annexe I, par. 3) article 15 bis 2).

109 - Résolution sur le crime d'agression, Annexe I, par. 3) article 15 bis 4).

110 - Résolution sur le crime d'agression, Annexe I, par. 3) article 15 bis 7).

111 - Résolution sur le crime d'agression, Annexe I, par. 3) article 15 bis 8).

112 - Article 5 du Statut de Rome.

113 - Article 26 du Statut de Rome.

114 - Article 12 2) a) et b) du Statut de Rome.

115 - Article 12 3) du Statut de Rome. Ce qui fut le cas pour la Côte d'Ivoire qui a consenti, par déclaration, à ce que la CPI exerce sa compétence pour les crimes commis sur son territoire depuis les événements du 19 septembre 2002. Communiqué de presse, ICC-CPI-20050215-91, Le Greffe a confirmé que la République de Côte d'Ivoire a accepté la compétence de la Cour, 15 février 2002.

116 - Dixième alinéa du Préambule et article 1 du Statut de Rome.

117 - Article 13 du Statut de Rome.

118 - Article 13 a) du Statut de Rome.

119 - Communiqué de presse, Renvoi devant le Procureur de la situation en République centrafricaine, ICC-OTP-20050107-86, (2005). Le 10 juin 2008, la Chambre préliminaire a délivré un mandat d'arrêt à l'encontre de M. Bemba.

120 - Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, affaire no ICC-01/05-01/08, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 juin 2009, p. 195.

121 - Article 13 b) du Statut de Rome.

122 - S/RES/1593 (2005), 31 mars 2005, par. 1.

123 - Pour les crimes commis peu après l'attaque d'avril 2004 contre l'aéroport d'El Fasher et jusqu'au 14 juillet 2009 au Darfour, Voir Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmad Al Bashir (« Omar Al Bashir »), affaire No. ICC-02/05-01/09, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (version publique expurgée), 4 mars 2009 (ci-après « Décision Omar Al Bashir »), par. 78, 109 et p. 100. Voir également Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmad Al Bashir (« Omar Al Bashir »), affaire No. ICC-02/05-01/09, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 mars 2009, p. 3 et 9.

124 - La Juge Anita Ušacka ayant émis une opinion dissidente.

125 - Décision Omar Al Bashir, par. 206.

126 - The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (« Omar Al Bashir »), Case No. ICC-02/05-01/09-0A, Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest Against Hassan Ahmad Al Bashir", 3 February 2010, para. 39-42.

127 - Article 13 c) du Statut de Rome.

128 - La majorité, le Juge Kaul ayant émis une opinion dissidente, a estimé qu'il y avait une base raisonnable pour croire que ces crimes ont été commis dans cet État entre le 1er juin 2005 et le 26 novembre 2009. Voir Situation in the Republic of Kenya, Case No. ICC-01/09, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, p. 83.

129 - Article 17 du Statut de Rome. En général, une affaire sera irrecevable si elle a fait ou fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence. Toutefois, elle peut être recevable si cet État n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de mener véritablement à bien cette enquête ou les poursuites (article 17 1) a) du Statut de Rome). Par exemple, une affaire sera recevable si des procédures nationales étaient engagées pour soustraire une personne à sa responsabilité pénale (article 17 1) b) du Statut de Rome). Par ailleurs, une affaire sera déclarée irrecevable si la personne concernée a déjà été jugée pour l'acte reproché en vertu du principe ne bis in idem (article 17 1) c) du Statut de Rome) ou si l'affaire n'est pas suffisamment grave pour qu'elle y donne suite (article 17 1) d) du Statut de Rome).

130 - Doc. A/Ac.244/1, Observations reçues en application du paragraphe 4 de la résolution 49/53 de l'Assemblée générale concernant la création d'une cour criminelle internationale, 20 mars 1995. Voir également, l'Article de Mutoy Mubiala sur le TPIR, p. 938 et 954.

131 - Gustave Moynier, Président et co-fondateur du Comité International de la Croix Rouge, propose la création d'un tribunal d'arbitrage international destiné à pénaliser les violations des lois humanitaires internationales perpétrées durant la guerre franco-prussienne de 1870-71. La proposition se heurte alors à l'opposition des États, trop inquiets de voir l'un des attributs de leur souveraineté leur échapper.

En 1919 les vainqueurs de Versailles envisagent la création d'un tribunal spécial chargé de poursuivre les crimes commis par leurs ennemis en violation des lois des conflits armés. L'article 227 du Traité de Versailles prévoyait ainsi la traduction de l'Empereur Guillaume II devant une cour internationale composée de juges issus des pays des États vainqueurs. Ce tribunal se confrontera aux refus de coopérer des pays de refuge des accusés et ne sera finalement pas mis en place.

En 1920, la Société des Nations demande au Comité des juristes d'établir une juridiction internationale mais rejette finalement le projet du Comité.

132 - Résolution 827 du Conseil de Sécurité

133 - Résolution 955 du Conseil de Sécurité

134 - Sur les 192 États Membres de l'Onu. Il est à rappeler que trois membres du Conseil de Sécurité de l'ONU à savoir la Chine, la Russie et les États-Unis, n'ont pas encore ratifié le Statut de Rome.

135 - Voir en Annexe 2.

136 - Max Weber est l'auteur d'une théorie à propos de l'impératif de « calculabilité ».

137 - plusieurs égards, cependant, la compétence de la CPI subit des limitations (les critiques ne manquent pas contre ce compromis entre les partisans du « droit d'urgence » et les défenseurs de la souveraineté des États). En application de l'article 5(2), la conférence de Révision convoquée par le Secrétaire des Nations Unies, à Kampala, en Ouganda, du 31 Mai au 11 janvier 2010, a adopté à une définition du crime d'agression et les modalités de la mise en œuvre des poursuites.

138 - <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/>.

139 - A tale of two notions, Carsten Stahn.

140 - Dans la même affaire, les sieurs Abdallah Banda Abaker Nourain et Saleh Mohamed Jerbo Jamus sont la deuxième et la troisième personne, respectivement, à comparaître volontairement devant la Cour le 17 juin 2010, en réponse à la citation de la Cour. Laisés libres après leur comparution, ils sont invités à l'audience de confirmation des charges du 22 Novembre 2010.

141 - Seuls les mandats d'arrêts publics et les décisions publiques seront exposés ici.

142 - Données du greffe le 27 Avril 2010.

143 - Nous ne connaissons pas le contenu de toutes les décisions du fait que certaines sont confidentielles, d'autres sous scellées, ce qui fait qu'il est impossible de donner le nombre exact dans chaque catégorie.

144 - Accords sur les privilèges et immunités, voir en Annexe 3.

145 - Arrestation de Germain Katanga (RDC), arrestation de Mathieu Ngudjolo (RDC), arrestation de Jean-Pierre Bemba (RCA), comparution volontaire d'Abu Garda (Darfour, Soudan).

146 - Pour la situation en Ouganda : M. Joseph Kony, M. Vincent Otti (peut-être assassiné en 2007 sur l'ordre de M. Kony), M. Okot Odhiambo et M. Dominic Ongwen (depuis 2005).

Pour la situation du Darfour, Soudan : M. Omar Al-Bashir (depuis mars 2009), M. Ahmad Harun (depuis 2007) et M. Ali Kushayb (depuis 2007). Pour la situation en République Démocratique du Congo : M. Bosco Ntaganda (depuis 2006).

147 - Sans que l'on puisse donner un pourcentage sur l'état de l'exécution, notamment des réponses données par les États, puisque celles sont en général confidentielles, mais les avoirs des personnes visées sont bloqués à la demande de la Cour.

148 - Voir en Annexe 1.

149 - Les situations de la Côte d'Ivoire et Palestine.

150 - Voir développements sur les situations pendantes au niveau de la CPI et Annexe 1.

151 - Ahmad Haroun est le Ministre d'État chargé des affaires humanitaires au Soudan.

152 - Le Procureur a fait un discours au Conseil de Sécurité des Nations Unies le 11 Juin 2010 sur la CPI et l'affaire du Soudan, voir en Annexe 4.

153 - Article 87 (a) du Statut de Rome: « La Cour est habilitée à adresser des demandes de coopération aux États Parties ».

154 - Ce rapport a décliné 66 recommandations de nature à faciliter la coopération avec les États, notamment en matière d'exécution des décisions de la Cour.

155 - Robert H. Mnookin & L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce* 88 Yale Law Journal 950 (1979).

156 - Transcription de la CPI ICC-01/04-01/06-T-223-ENG ET WT 07-01-2010 1/77 NB T (7 janvier 2010).

157 - Voir notamment Philippe Fouchard, « Où va l'arbitrage international », (1989) 34 R.D. McGill 435, à la p. 439.

158 - Voir par exemple l'article V(1)(d) de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères, 41^e sess., Doc. N.U. A/CN.9/656/Add.1 (2008) [ci-après, la « Convention de New York »], qui prévoit que dans le contexte d'une demande de reconnaissance et exécution d'une sentence visée par la Convention, la régularité de la constitution du tribunal arbitral s'apprécie à la lumière de la convention des parties. Voir aussi les articles 10(1), 11(2) et 13(1) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Doc. N.U. A/40/17, ann. I (1985) [mod. Doc. N.U. A/61/17, ann. I (2006)] [ci-après, la « Loi type de la CNUDCI »], ainsi que l'article 5 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, J.O. OHADA, N° 08 du 15 mai 1999, p. 2 [ci-après, l'« Acte uniforme OHADA »], qui consacrent la liberté des parties de convenir du nombre d'arbitres, de la procédure de constitution du tribunal arbitral ainsi que de la procédure de récusation d'un arbitre. (Sur l'influence de la Convention de New York et de la Loi type, voir infra, aux n° 12 et 13.)

159 - Voir l'article V(1)(d) de la Convention de New York, l'article 19(1) de la Loi type de la CNUDCI, l'article 14 de l'Acte uniforme OHADA, ainsi que Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. II (Kluwer: 2009), aux pp. 1748 et suiv.

160 - Voir l'article 28(1) de la Loi type de la CNUDCI, l'article VII(1) de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 [ci-après, la « Convention européenne »], l'article 15 de l'Acte uniforme OHADA.

161 - Voir l'article 16(1) de la Loi type de la CNUDCI, l'article V(3) de la Convention européenne, l'article 11 de l'Acte uniforme OHADA et Pierre Mayer, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », (1989) 217 R.C.A.D.I. 319.

162 - Voir l'article 12 de la Loi type de la CNUDCI, l'article 6 de l'Acte uniforme OHADA et le General Standard 1 des IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (International Bar Association, 2004).

163 - Voir Thomas Clay, *L'arbitre* (Dalloz: 2001), aux pp. 451 et suiv.

164 - Voir notamment : Emmanuel Gaillard et John Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer : 1999), aux pp. 102-103 (n° 189); Philippe Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (À propos d'une jurisprudence récente) », *Rev. arb.* 1987.225, aux

pp. 264 et suiv. (n° 49 et suiv.); Cour d'appel du Québec, 31 mars 2003, *Compagnie nationale Air France c. MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; *Rev. arb.* 2003.1365 (note A. Prujiner).

165 - Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* (Martinus Nijhoff : 2008). Comme l'explique l'auteur, le premier à avoir utilisé l'expression semble être le Professeur Daniel Cohen (voir p. 65, n° 43),

166 - Voir par exemple la Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée Générale des Nations Unies adoptée le 17 décembre 1966 et intitulée « Création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international »; on y lit notamment que « [...] la coopération entre les États en matière de commerce international peut beaucoup contribuer à favoriser les relations amicales et, par conséquent, le maintien de la paix et de la sécurité ».

167 - Ce lien fut souligné par le Secrétaire général des Nations Unies à l'occasion du quarantième anniversaire de la Convention de New York : Kofi Anna, « The 1958 New York Convention as a Model for Subsequent Legislative Texts on Arbitration », (1999) 15 *Arb. Int.* 319, à la p. 320.

168 - Sur cette notion, voir : Charles Jarrosson, « Réflexions sur l'imperium », dans *Études Offertes à Pierre Bellet* (Litec : 1999), p. 245.

169 - Sur l'arbitrage dans l'espace juridique OHADA, voir, de manière générale, Philippe Fouchard, dir., *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique* (Bruxelles : 2000).

170 - Voir par exemple : Michael J. Mustill et Stewart C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd. (London : 1989), aux pp. 475 et suiv.; Andrew Tweedale et Keren Tweedale, *A Practical Approach to Arbitration Law* (London : 1999), aux pp. 24 et suiv.; Richard H. McLaren et Earl E. Palmer, *The Law and Practice of Commercial Arbitration* (Toronto : 1982), aux pp. 32 et suiv.

171 - Voir surtout M.J. Mustill et S.C. Boyd, supra note 14, aux pp. 431 et suiv. (spécialement les pp. 448-451).

172 - Voir par exemple : Cour d'appel de Paris, 25 janvier 1972, *Quijano Aguero c. Laporte*, *Rev. arb.* 1973.158 (note Ph. Fouchard); Cour d'appel du Québec, 10 octobre 1989, *Re/Max Ideal Inc. c. Deschamps*, J.E. 89-1550.

172 - Voir par exemple l'arrêt de la Cour suprême du Canada rendu le 16 décembre 1963 dans *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144, concluant à l'invalidité de la clause compromissoire en droit québécois pour cause de contrariété à l'ordre public.

174 - Voir sur cette question l'article III(3) de la Convention de New York, l'article 8(1) de la Loi type de la CNUDCI, l'article 13 de l'Acte uniforme OHADA, ainsi que l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada le 22 juillet 2005 dans *GreCon Dimiter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401; *Rev. arb.* 2005.1084 (note F. Bachand).

175 - G.B. Born, supra note 3, vol. I, à la p. 1063 (« [i]t is almost uniformly held or assumed that generally-applicable rules of contract construction apply to the interpretation of international arbitration agreements »).

176 - Notamment grâce à l'influence et au succès de la Loi type de la CNUDCI, qui exclut tout contrôle judiciaire du bien-fondé des sentences arbitrales : voir les articles 34-36. Il est encore possible, dans certains pays, de porter en appel des sentences arbitrales internationales, mais la tendance est nettement vers l'abandon de l'appel. De plus, un tel appel peut souvent être écarté conventionnellement par les parties, comme c'est le cas en Angleterre : voir l'article 69 de l'*Arbitration Act*, 1996, c. 23.

177 - Voir par exemple; Cour suprême du Canada, 21 mars 2003, *Desputeaux c. Éditions Chouette* (1987) inc., [2003] 1 R.C.S. 178; *Rev. arb.* 2003.473 (note F. Bachand); Cour suprême des États-Unis, 2 juillet 1985, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

178 - On consultera avec intérêt Louise Otis et Éric H. Reiter, « Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice », (2006) 6 *Pepp. Disp. Resol. LJ.* 351.

179 - La plupart des lois modernes régissant l'arbitrage international prévoient l'intervention judiciaire visant à assurer la constitution du tribunal arbitral; voir sur ce point G.B. Born, supra note 3, aux 1417 et suiv.

180 - Voir Sébastien Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires* (Zurich : 1998), aux pp. 147 et suiv.

181 - Voir à ce sujet G.B. Born, supra note 3, vol. II, aux pp. 1923 et suiv.

182 - Voir surtout Sigvard Jarvin, « To What Extent Are Procedural Decisions of Arbitrators Subject to Court Review ? », dans Albert Jan van den Berg (dir.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention—ICCA Congress Series No. 9* (Kluwer : 1999), p. 366.

183 - Le contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral et du respect des conditions minimales d'un procès équitable est expressément prévu dans la Convention de New York (voir les articles V(1)(c) et V(1)(b)) et repris dans toutes les lois modernes régissant l'arbitrage international.

184 - En France, les demandes relatives à la constitution d'un tribunal arbitral international sont présentées au Président du Tribunal de grande instance de Paris (article 1493 du Nouveau Code de procédure civile) et il est bien connu que les affaires d'arbitrage international soumises à la Cour d'appel de Paris sont jugées par un groupe restreint de juges dont le membre le plus influent était, jusqu'à récemment, Dominique Hascher, aujourd'hui Président de chambre à la Cour d'appel de Reims. En Suisse, toute demande d'annulation d'une sentence arbitrale internationale rendue en Suisse est présentée au Tribunal fédéral, l'autorité judiciaire suprême du pays : voir l'article 191 de la Loi sur le droit international privé de 1987. En Tunisie, c'est devant la Cour d'appel de Tunis qu'est concentré le contentieux relatif à des arbitrages internationaux et portant sur la constitution du tribunal, la récusation d'un arbitre, le contrôle intérimaire de la compétence du tribunal arbitral, l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral, l'annulation des sentences arbitrales rendues en Tunisie ainsi que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales : voir les articles 47 et suiv. du Code de l'arbitrage de 1993.

185 - Voir Bernard Hanotiau, « L'arbitrabilité », (2002) 296 R.C.A.D.I. 29, aux pp. 78 et suiv. (n° 82 et suiv.).

186 - Sur la notion d'ordre public dans le contrôle des sentences internationales, voir notamment Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* (Paris : 1999), aux pp. 443 et suiv. (n° 793 et suiv.).

187 - Sur ce phénomène, voir notamment : Julie Allard et Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation — La nouvelle révolution du droit* (Seuil : 2005); Tom Bingham, *Widening Horizons—The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law* (Cambridge : 2010).

188 - On trouve une liste à jour des États parties à la Convention de New York à la page suivante du site internet de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

189 - Sur le fait que l'article III(3) de la Convention de New York exclut tout pouvoir discrétionnaire de refuser de donner effet à une convention d'arbitrage qui est par ailleurs valide et applicable au plan contractuel, voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *GreCon*, supra note 18.

190 - Les exceptions prévues à l'article V concernent de manière générale la compétence du tribunal arbitral, la régularité de la procédure arbitrale et la conformité de la sentence à l'ordre public.

191 - En effet, l'article 5 de la Loi type prévoit que « [p]our toutes les questions régies par la présente loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit ». Sur la portée de cette disposition, voir Fré-

déric Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international* (Paris : 2005), aux pp. 105 et suiv. (n° 159 et suiv.).

192 - pour une liste à jour des pays l'ayant adoptée, voir la page suivante du site internet de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

Ainsi, selon M. Born, la loi de 1996 « compiled all prior English legislative provisions relating to arbitration into a single statute, based in large part on the UNCITRAL Model Law, and introduced a modern 'pro-arbitration' legislative regime for international arbitration in England » (G.B. Born, supra note 3, vol. I, à la p. 129).

194 - Voir supra, note 18.

195 - Cour suprême du Canada, 20 mai 2010, *Yugra-Neft Corp. c. Rexx Management Corp.*, [2010] 1 R.C.S. 649.

196 - Voir supra, au par. 1.

197 - Les États-Unis sont le théâtre d'une controverse particulièrement vive sur cette question depuis quelques années : voir notamment l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis rendu le 26 juin 2003 dans l'affaire *Lawrence c. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

198 - La pratique au Québec a toujours été fortement influencée sur cette question par la tradition de common law, où le recours à l'expert engagé par les parties est beaucoup plus fréquent que le recours à l'expert nommé par la cour qui est privilégié dans les pays civilistes.

199 - Cour d'appel du Québec, 31 mars 2003, *Compagnie Nationale Air France c. MBaye*, [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner).

200 - Cour supérieure du Québec, 8 décembre 2008, *Holding Tusculum, b.v. c. Louis Dreyfus, s.a.s. (SA Louis Dreyfus & Cie) et Louis Dreyfus, s.a.s. (SA Louis Dreyfus & Cie) c. Holding Tusculum, b.v.*, 2008 QCCS 5904 (CanIII) et 2008 QCCS 5903 (CanIII). La décision sur l'admissibilité des expertises, datée du 26 mai 2006, est *Holding Tusculum B.V. c. S.A. Louis Dreyfus & Cie*, 2006 QCCS 2827 (CanIII).

201 - Par exemple, la Chambre de commerce internationale est intervenue en Cour suprême des États-Unis dans la célèbre affaire *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (décision du 2 juillet 1985, commentée par J. Robert à Rev. arb. 1986.173). Au Canada, la Cour d'arbitrage internationale de Londres est intervenue devant la Cour suprême du Canada dans deux affaires d'arbitrage afin d'éclairer les juges sur le contexte international pertinent; voir : *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801 (décision du 13 juillet 2007); *Yugra-Neft Corp. c. Rexx Management Corp.*, supra.

- 202** - System des heutigen Romanischen Rechts (1949) (Traité de droit romain, livre III, Ch., 1, trad. 1851).
- 203** - Article 3082: "A titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. La présente disposition, n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique.
- 204** - A Critique of the Choice of Law Process (1933), 47 Harvard Law Review 173; The Choice of Law Process (1965).
- 205** - Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws 2d (1971).
- 206** - Restatement of the Law of Conflict of Laws (1934).
- 207** - The Proper Law of Tort (1951), 64 Harvard Law Review 881.
- 208** - Voir par ex. arts. 3088, 3091, 3109, 3126, 3128 du Code civil du Québec.
- 209** - Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.
- 210** - Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws, [1959] Duke Law Review 171; Selected Essays on the Conflict of Laws (1963).
- 211** - Choice of Law and the Federal System (1963), 16 Stanford Law Review 1.
- 212** - 11 avril 1980, 1489 R.T.N.U. 3.
- 213** - 143 L.N.T.S.257.
- 214** - 143 L.N.T.S. 335.
- 215** - 137 L.N.T.S. 11.
- 216** - 330 R.T.N.U. 3.
- 217** - Voir Recueil des Conventions de La Haye 1951-1988.
- 218** - 19 juin 1980, J.O. n.l.:266 du 9 octobre 1980.
- 219** - Goldstein, La méthode de la reconnaissance, une nouvelle clé pour décoder les règles relatives à l'effet au Québec d'une transaction internationale (2009), 68 Revue du Barreau du Québec 279.
- 220** - Castel, The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law (2007), 52 McGill Law Journal 555.
- 221** - Voir le livre de Me Raymond d'Unienville, QC - Célécourt Antelme et le Français en Cour Suprême" ou "l'histoire de la nuit du 15 juillet 1847" accompagnée du mythe rappelant le dernier discours en français au prêtre - jusqu'à minuit, disait-on, avant que Cendrillon ne parte dans sa carrosse.
- 222** - Voir l'approche de la Cour Suprême de l'île Maurice et celle du Privy Council dans les arrêts Shand v. P & O [1863 MR 6] et P & O v. Shand [1865 MR 161]
- 223** - Voir "Lettre ouverte de Monsieur Georges Chung Tick Kan" à Madame Eva Joly" publiée dans l'édition du 7 février 2010 de l'hebdomadaire Week End.
- 224** - art. 1784
- 225** - voir Pardessus - Droit Commercial 2. No. 542, Edition 1825
- 226** - P & O v. Shand 1865 MR 161
- 227** - 2010 SCJ 17
- 228** - Voir le jugement du House of Lords dans l'affaire Spiliada Maritime Corporation v/s Cansulex Ltd [1987] AC 460 à la page 476.
- 229** - Rev.Crit.2002.note Chalas
- 230** - EUE CJ/2005/C28102
- 231** - (a) Oceanic Sun Line Special Shipping Co. v/s Fay (1988) 165 CLR 197
(b) Voth v/s Manildra Flour Mills (1990) 171 CLR 538
- 232** - Régie Nationale des Usines Renault SA v/s Zhang (2002) 210 CLR 491
- 233** - Civ. 15 mai 1963, J.C.P 1963.II.13365 note Motulsky, Journ.Dr.Int.1963.1016, note Malaurie, Rev.Crit.1964.532, note Lagarde
- 234** - Austin v. Bailey 1962 MR 113
- 235** - John P. Dawson, The Oracles of the Law (1968) ; Raoul c. van Caenegem, Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History (1987), pp. 67-69, 84-86, 108-09.
- 236** - Cette liste officielle des sources de droit a été fortement remise en question. Il a été suggéré notamment, qu'elle ne reflète pas la pratique juridique. Voir par exemple: Stefan Vogenauer, « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law », dans Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann, dir., The Oxford Handbook of Comparative Law 869 (Oxford University Press, 2006), pp. 877-885.
- 237** - A contrario, les propos des juges qui ne sont pas directement liés à la résolution du litige ne sont pas considérés créateurs de droit. Ayant été énoncés "en passant" —à titre de simple « obiter dicta »—ils sont considérés comme étant seulement « persuasifs ». Voir à cet effet: Stephen R. Perry, « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », (1987) 7 Oxford J. of Legal Studies 215, pp. 239-45.

- 238** - « Legal Transplants ». L'expression vient de: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2nd ed., 1993). Parmi les nombreuses autres métaphores utilisées pour décrire le même phénomène, on retrouve l'« irritant juridique » (Gunter Teubner, « Legal Irritants : Good faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences », (1998) 61 *Modern Law Review* 11); la « traduction juridique » (Maximo Langer, « From Legal Transplants to Legal Translations : the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure », (2004) 45 *Harvard International Law Journal* 1); la « transformation juridique » (Zhangrun Xu, « Western Law in China: transplantation or transformation - four cases and Liang Shuming's responses », (2004) 25 *Social Sciences in China* 3); la « transposition juridique » (Esin Orücü, « Law as Transposition », (2002) 51 *International & Comparative Law Quarterly* 205); et l'« adaptation sélective » (Pitman B. Potter, « Legal Reform in China: Institutions, Culture, and Selective Adaptation », (2004) 29 *Law & Social Inquiry* 465).
- 239** - C.-L. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*; les grands thèmes, livre 11, chapitre 6 (Paris: Gallimard, 1970), p. 178. Voir en général : R.G. MacLean, « Judicial Discretion in the Civil Law » (1982) 43 *La. L. Rev.* 45 at 46; F. Deak et M. Rheinstein, « The Development of French and German Law » (1936) 24 *Geo. L.J.* 55.
- 240** - Pour une affirmation que ceci est également le cas en common law, voir : Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd [2002] UKHL 22, paras. 156 et 168; [2003] 1 AC 32, pp. 113 et 118 (Lord Rodger).
- 241** - Pierre Legrand, « European Legal Systems Are Not Converging » (1996) 45 *Int'l & Comp. L. Q.* at 52-81; Pierre Legrand, « The Impossibility of Legal Transplants », (1997) 4 *Maastricht J. European & Comparative Law* 111. Pour d'autres anti-greffes bien en vue, voir : William Ewald, « Comparative Jurisprudence II : The Logic of Legal Transplants », (1995) 43 *Am. J. Comp. Law.* 489; Gunter Teubner, supra note 237.
- 242** - Pour un aperçu général de ces initiatives, voir : Arjani, Gianmaria, « By Chance and Prestige : Legal Transplants in Russia and Eastern Europe », (1995) 43 *Am. J. Comp. L.* 93; Robert Sharlet, « Legal Transplants and Political Mutations : The Reception of Constitutional Law in Russia and the Newly Independent States », (1998) *East European Constitutional Rev.* 59; James Dobbins et al., *America's Role in Nation-Building : From Germany to Iraq* (2003); Andras Sajó, dir., *Judicial Integrity*, (2004); Randall Peerenboom, dir., *Asia Discourses of Rule of Law : Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the US*, (2004); John Gillespie et Pip Nicholson, dirs., *Asian Socialism and Legal Change : The Dynamics of Vietnamese and Chinese Reform* (2005); Commission for Africa, *Our Common Interest* (2005) (<http://www.commissionforafrica.org/english/report/introduction.html#report>); Timothy Lindsey, dir., *Law Reform in Developing and Transitional States* (London: Routledge, 2007).
- 243** - Les bilans de telles initiatives sont effectivement largement négatifs. Voir par exemple : Stephen Holmes, « Back to the Drawing Board: An Argument for Constitutional Postponement in Eastern Europe » (1993) 2 *East European Constitutional Review* 21; Yves Dezalay and Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars : Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States* (Chicago: University of Chicago, 2002); Peter Evans, « Development as Institutional Change: The Pitfalls of Monocropping and the Potentials of Deliberation », (2003) 38 *Studies in Comparative International Development* 30; William Easterly, William, *The White Man's Burden: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good* (New York: Penguin Press, 2006); Timothy Lindsay, dir., *Law Reform in Developing and Transitional States* (London : Routledge, 2007).
- 244** - Sur les difficultés des échanges entre le droit civil et la common law à l'intérieur même du Canada, voir : Sylvio Normand, « An Introduction to Quebec Civil Law » dans Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, *Elements of Quebec Civil Law : A Comparison with the Common Law of Canada*, 25 (Toronto, Thomson Carswell, 2008), aux p. 71 et suiv.
- 245** - Dobbins et al, supra note 241.
- 246** - Alan Watson, supra note 237.
- 247** - Voir à ce sujet, la récente conférence tenue à la Faculté de droit de l'Université McGill intitulée « The Worlds of the Trust/La fiducie dans tous ses États » : <http://www.mcgill.ca/crdpcq/activities/trust>.
- 248** - Sur l'école historique allemande, et son copinage avec les romantiques, voir: G. Del Vecchio *Philosophie du droit*, (Paris : Dalloz, 1953), pp. 111 et suivantes. Parmi les piliers intellectuels de l'historicisme allemand figureraient, dans leurs domaines linguistique et juridique respectifs, Herder (J.G. Herder, *Traité de l'origine du langage* (D. Modigliani, transl., Paris: PUF, 1992)) et Savigny (F.K. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (New York, NY: Arno Press, 1975)).
- 249** - Une autonomie complète requerrait que les créateurs de droit soient capables de n'écouter que leur raison, ce qui n'est pas le cas. Voir à cet effet : G. Frankenberg, « Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law » (1985) 26 *Harv. Int. L. J.* 411.
- 250** - Lawrence c. Texas, 539 US 558 (2003); Roper c. Simmons, 543 US 551 (2005).
- 251** - Supra note 237.
- 252** - Watson, supra note 237
- 253** - A. Watson, « Legal Change: Sources of Law and Legal Culture » (1983) 131 *U. Penn. L. Rev.* 1121, aux

p. 1138-39; A. Watson, « Legal Transplants and European Private Law » (2000) 4.4 Electronic J. of Comp. Law, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>, section I, texte suivant la note 5.

254 - Parmi les grands classiques du positivisme, on retrouve : Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651) ; Jeremy Bentham, *Of Laws in General* (1970); John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1995); Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1961); Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961).

255 - Plusieurs des positivistes notés ci-dessus (supra note 253), notamment Hobbes et Bentham, considéraient qu'un fondement universel commun unit tous les systèmes juridiques.

256 - Parmi les grands classiques de l'école du droit naturel, on retrouve : Hugo Grotius, *De iure Belli ac Pacis* (1625); Pufendorf, *De iure Naturae et Gentium* (1672); Thomas Aquinas, *Summa Theologica* (A. Pegis, ed., 1945); John Selden, *Opera Omnia* (D. Wilkins, ed., 1726); John Locke, *Two Treatises of Government*, Peter Laslett, ed. (Cambridge University Press, 1960) ; Jean-Jacques Rousseau, *Discourse on the Origin and Foundations of Inequality among Men* (Bush, Masters, Kelly & Marshall, transl., Hanover, NH: University Press of New England, 1992).

257 - Le plus célèbre protagoniste de l'analyse économique du droit est sans nul doute son fondateur : Richard A. Posner (*Economic Analysis of Law* (Boston : Little, Brown, 1972

258 - Voir par exemple : Daniel Berkowitz, et al., « Economic Development, Legality, and the Transplant Effect », (2003) *European Economic Review* 47; Ronald J. Daniels et Michael J. Trebilcock, « The Political Economy of Rule of Law Reform in Developing Countries (2004) (http://www.wdi.bus.umich.edu/global_conf/papers/revise/Trebilcock_Michael.pdf).

259 - Institut international pour l'unification du droit privé, Les principes UNIDROIT (Rome, 2004)

260 - James Gordley, *Foundations of Private Law : Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment* (Oxford, Oxford University Press, 2006) ; James Gordley, dir., *The Enforceability of Promises in European Contract Law* (New York : Cambridge University Press, 2001).

261 - Konrad Zweigert et Heinz Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, vol. 1 (Oxford: Oxford University Press, 3ème éd., 1998), aux p. 28-45.

262 - Voir par exemple: Randall Peerenboom, dir., *Asian Discourses of Rule of Law in Asia: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France, and the U.S* (London: Routledge Curson, 2003).

263 - Les périls entourant les « faux amis » du droit com-

paré ont tout récemment été évoqués par la Cour d'appel fédérale américaine du 7ème Circuit dans le cadre d'une affaire mettant en cause une question d'interprétation des contrats en droit français. (*Bodum USA c. La Cafetière, Inc.* (No. 09-1892, 2 septembre 2010).) Alors que le juge Posner s'oppose vigoureusement à ce que les juges du for recourent au témoignage d'experts étrangers lorsqu'il s'agit d'interpréter du droit étranger (aux p. 15 et suivantes du jugement), le juge Wood, dans sa dissidence, conclut en faveur d'un tel recours, précisément en raison des risques posés par lesdits « faux amis » (aux p. 31 et suivantes). Pour un aperçu général de la question, voir : Rodolfo Sacco, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law », (1991) 39 *Am. J. Comp. L.* 1.

264 - Depuis Radbruch (« über die Methode der Rechtsvergleichung » 1905/O6 II MKSR 423), la question de la détermination d'un tertium comparationis impartial, qui n'a pas pour effet de favoriser dès le départ l'un ou l'autre des systèmes sous étude, ne cesse de hanter les comparatistes du droit. Pour un aperçu de la question : H Kötz, « Comparative Law in Germany Today » (1999) *Revue internationale de droit comparé* 753, aux p. 758 et suiv.

265 - Zweigert & Kötz, supra note 260.

266 - *White c. William Bluett* (1853), 23 L.J. Ex. (N.S.) 36 (Eng. Ex. Ct.); *Thomas c. Thomas* (1842) 2 Q.B. 851; 114 E.R. 330 (Q.B.)

267 - Pour le Québec, par exemple, voir les arts. 1378 et 1386 C.C.Q.

268 - Art. 1824 C.C.Q.

269 - De la même façon, le comparatiste qui entreprendrait de comparer le traitement de l'erreur contractuelle en droit français et en droit anglais se surprendrait d'abord de ce que ce dernier semble n'accorder que très peu d'attention à la question. La liste des erreurs officiellement reconnues en droit anglais comme donnant lieu à un quelconque recours est en effet extrêmement limitée, certainement en comparaison avec sa contrepartie civiliste. On pourrait donc croire à prime abord que le droit anglais est bien plus dur que le droit français envers les individus dont l'engagement contractuel est fondé sur une erreur. Une telle conclusion serait cependant prématurée puisqu'un regard plus large sur le droit anglais révèle que beaucoup des situations contractuelles qui, en droit français, sont considérées comme relevant du droit de l'erreur relèvent, en droit anglais, du droit de l'interprétation. Pour avoir une idée juste du traitement de l'erreur contractuelle en droit anglais, il faut dès lors étudier, non seulement ce que le droit anglais considère comme étant le droit de l'erreur contractuelle, mais également ce qu'il considère comme étant le droit de l'interprétation contractuelle. Un point de départ adéquat, menant à ce regard plus large, serait donc de se demander, non pas « Quelles sont les règles afférentes à l' « erreur contractuelle » dans les deux

systèmes ? », mais plutôt « Quelles règles sont déployées dans les deux systèmes en réponse à une situation où deux parties s'entendent pour vendre et acheter un objet X, mais l'acheteur croit erronément que cet objet possède une certaine qualité fondamentale sans laquelle il ne l'aurait pas acheté ». Alors que la réponse à cette question mènera au droit français de l'erreur, du côté anglais, elle mènera tout naturellement au droit de l'erreur et au droit de l'interprétation. Voir à cet effet: C. Valcke, « Divergence and Convergence among English, French, and German Conceptions of Contract » (2008) 16 *European Review of Private Law*, 29.

270 - Steven Vogenauer, « Sources of Law and Legal Method in Comparative Law » dans Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, *dirs.*, *The Oxford Handbook of Comparative Law* 869 (Oxford University Press, 2008), aux p. 872-73.

271 - Même si, tel que l'a souligné Geoffrey Samuel (« Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences » dans Mark van Hoecke, *dir.*, *Epistemology and Methodology of*

Comparative Law 36 (Portland: Hart Publishing, 2004), aux p. 38-43), ces fonctions sont loin d'être parfaitement uniformes, un certain degré d'uniformité suffit pour les fins de la méthode fonctionnaliste défendue ici. Sur l'épineuse question de la presumption de similarité fonctionnelle des règles de droit, voir : Michelle Graziadei, « The Functionalist Heritage » dans Pierre Legrand et Roderick Munday, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* 100 (Cambridge University Press, 2003).

272 - v. pour les États-Unis, R. Bismuth, L'utilisation de sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, RIDC, n° 1, 2010, pp. 105-133

273 - v. pour un très bon exemple en dehors de l'espace francophone le cas sud-africain à travers la décision du 6 juin 1995 de la Cour constitutionnelle sur l'inconstitutionnalité de la peine de mort ; F. Hourquebie, La diffusion du constitutionnalisme en Afrique du Sud : une analyse à travers la décision de la Cour constitutionnelle du 6 juin 1995 portant inconstitutionnalité de la peine de mort, *Politeia*, n°7, 2005, pp. 649-675

274 - cf infra sur l'autorité de ces décisions

275 - v. sur cette question M.-Cl. Ponthoreau, Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques, in F. Melin-Soucramanien (*dir.*), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, pp. 167-184

276 - v. M.-Cl. Ponthoreau, *préc.*) Dans le même sens, la théorie du droit vivant élaborée par la Cour constitutionnelle italienne permet de justifier une interprétation ouverte et évolutive des textes (v. G. Zagrebelsky, La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité,

Constitutions, n°1, 2010, pp. 9-20

277 - « Les arrêts de la Cour suprême du Canada font voir une démarche interprétative ouverte au droit étranger (G.V. La Forest, « The Use of International and Foreign Material in the Supreme Court of Canada », *Proceedings, XVIIth Annual Conference, Canadian Council on International Law*, 1988, p. 230-241; W.A. Schabas, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada » (2000), 79 *Canadian Bar Review* 174) (...).

278 - par exemple : R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295

279 - *Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, [1999] 2 R.C.S. 817

280 - *Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100

281 - R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5e éd., 2007, p. 112

282 - [1977] 2 R.C.S. 680; *Re Treaty of Versailles, Re Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505

283 - voir, par ex., *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530, qui portait sur une question de « rétroactivité » des lois

284 - [1932] A.C. 562 (H.L.)

285 - Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 22) (v. réponse à la question n° 16

286 - v. infra le lien entre recours aux précédents jurisprudentiels et styles judiciaires

287 - v. notre référence supra

288 - CCT 20/94 ; 1995(3), SA 632(CC) ; 1995(7), BCLR 861(CC)

289 - J. du Bois de Gaudusson, La complexité de la participation des cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges, *LPA* 4 juin 2008

290 - V. en ce sens les travaux de la Fondation pour le droit continental en réponse aux Rapports de la Banque mondiale, *Doing business* ; <http://www.fondation-droit-continental.org> et <http://francais.doingbusiness.org>

291 - v. M.-Cl. Ponthoreau, *préc.*

292 - (pour davantage de précisions voir les rapports 2006, 2008 et 2010 sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone, <http://democratie.francophonie.org>

293 - v. en ce sens le rôle des réseaux de la Francophonie sur ce terrain là

294 - M.-Cl. Ponthoreau, préc.

295 - D. Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, RFDC n° 80, 2009, pp. 675-696

296 - v. en ce sens, O. Dutheillet de Lamothe, le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/comparatif.pdf

297 - G.V. La Forest, «The Use of International and Foreign Material in the Supreme Court of Canada », Proceedings, XVIIth Annual Conference, Canadian Council on International Law, 1988, p. 230-241; W.A. Schabas, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada » (2000), 79 Canadian Bar Review 174), la Cour n'accordera au droit étranger qu'un effet persuasif plutôt qu'un effet obligatoire (M. Barstache, «How Internationalization of the Law has Materialized in Canada »

298 - F. Jacquelot, Le juge constitutionnel et le droit comparé, LPA, 16 janvier 2007

299 - Selon le dictionnaire Larousse

300 - Pourtant, certaines exceptions demeurent, et quelques constitutions écrites restent largement silencieuses sur le thème du droit international : Australie (Constitution du 9 juillet 1900), Brésil (Constitution du 5 octobre 1988), Canada (lois constitutionnelles de 1987 et 1982), Chili (Décret suprême du 24 octobre 1980), Israël (ensemble de 11 lois fondamentales adoptées entre 1958 et 2001), Japon - Constitution du 3 novembre 1946- (et de nombreux pays d'Asie et du Moyen-Orient), Nouvelle-Zélande (non-codifiée, composée d'un ensemble de textes et principes). Lesdites constitutions ne font que répartir la procédure de ratification des traités entre les pouvoirs nationaux, sans déterminer les règles de validité interne du droit international. Ce sont généralement des États de tradition dualiste, laissant de fait au législateur, si ce n'est au juge, la tâche de délimiter les moyens et le degré d'intégration de ce droit.

301 - Pour une liste exemplative, on peut voir : Bulgarie (Constitution du 12 juillet 1991, article 5.4), Colombie (Constitution du 5 juillet 1991, articles 53 et 93 portant respectivement sur les conventions internationales du travail et les traités de protection des droits de l'homme), Equateur (Constitution du 10 août 1998, article 163), Espagne (Constitution du 27 décembre 1978, article 96), France - Constitution du 4 octobre 1958, article 55 - (et de nombreux pays d'Afrique francophone dotés de dispositions similaires), Grèce (Constitution du 11 juin 1975, article 28), Macédoine (Constitution du 17 novembre 1991, article 118), Pérou (Constitution du 31 décembre

1993, article 55), Portugal (Constitution du 2 avril 1976, article 8.2), Roumanie (Constitution du 8 décembre 1991, article 11), Russie (Constitution du 12 décembre 1993, article 15.4).

302 - L'autorisation parlementaire préalable ne présente aucun contenu normatif : n'étant qu'une simple autorisation conférée à l'exécutif, elle n'emporte aucune conséquence sur la validité ou le contenu du traité.

303 - Pour exemple, on peut mentionner les constitutions des États suivants : Albanie (Constitution du 4 août 1998, article 126.1), Pays-Bas (Constitution du 17 février 1983, article 93), Pologne (Constitution du 17 octobre 1997, article 91.1), Suisse (Constitution du 18 avril 1999, article 189). L'article 6.2 de la Constitution américaine (des dispositions semblables figurent dans les textes du Mexique et de l'Argentine) peut également être cité ici : l'obligation faite au juge d'appliquer les normes conventionnelles internationales n'implique pourtant pas, en réalité, qu'elles soient directement applicables (c'est-à-dire invocables par des particuliers). Voir infra, III.

304 - Parmi les États expressément dualistes pour l'intégration des traités, on peut classiquement mentionner l'Allemagne, l'Autriche, l'Irlande et le Royaume-Uni, ou encore les pays scandinaves.

305 - Finlande, Constitution du 11 juin 1999, article 95.1: « The provision of treaties and other international obligations, in so far as they are of a legislative nature, are brought into force by an Act. Otherwise, international obligations are brought into force by a Decree issued by the President of the Republic".

306 - Irlande, Constitution du 1er juillet 1937, article 29.6: « No international agreement shall be part of the domestic law of the State save as may be determined by the Oireachtas ».

307 - Par exemple, le système britannique ne connaît pas le mécanisme de l'autorisation parlementaire préalable de ratification.

308 - Autriche, Constitution du 1er juillet 1983, article 16.1: « The States are bound to take measures which become necessary within their autonomous sphere of competence for the implementation of international treaties. (...) ».

309 - Une fois conclu et ratifié, le traité international n'aura d'effet dans l'ordre juridique interne que lors de sa mise en œuvre par un acte législatif (Francis c. The Queen, [1956] R.C.S. 618, p. 621; Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69). Voir A. De Mestral et E. Fox-Decent, «Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008) 53 R.D. McGill 57, p. 617-625. Les auteurs constatent le silence des règles constitutionnelles comme législatives guidant l'application du droit international, tâche laissée au juge. Ils proposent no-

tamment qu'une loi sur les traités soit adoptée, déterminant des méthodes de mise en œuvre du droit international.

310 - Allemagne, (loi fondamentale du 23 mai 1949, article 25 : « les règles générales du droit international public font partie intégrante du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et obligations pour les habitants du territoire fédéral »), Autriche (Constitution du 1er juillet 1983, article 9.1), Irlande (Constitution du 1er juillet 1937, article 29.3), Italie (Constitution du 27 décembre 1947, article 10).

311 - Irlande (article 29.3 : « Ireland accepts the generally recognised principles of international law as its rule of conduct in its relations with other states ») et Roumanie (Constitution du 8 décembre 1991, article 10), par exemple.

312 - France, Italie, Pologne.

313 - Portugal, Constitution du 2 avril 1976 (révisée en 1997), article 8.1. Russie, Constitution du 12 décembre 1993, article 15.4 : « les principes et normes universellement reconnus du droit international et les traités internationaux de la fédération de Russie sont parties intégrantes de son système juridique ».

314 - Autriche, Constitution du 1er juillet 1983, article 9.1 : « les règles de droit international généralement reconnues font partie intégrante du droit fédéral ».

315 - Grèce, Constitution du 11 juin 1975, article 28. L'article 25 de la loi fondamentale allemande est le plus explicite : v.supra, note 310.

316 - Pays-Bas, Constitution du 17 février 1983, article 93 : « les dispositions des traités et des décisions des organisations de droit international public qui peuvent engager chacun par leur teneur ont force obligatoire après leur publication ».

317 - Portugal (Constitution du 2 avril 1976, article 8.3 : « les normes émanant des organes compétents des organisations internationales auxquelles le Portugal participe entrent directement dans l'ordre interne, dès lors que cela figure dans leur traité constitutif »), Pologne (article 91.3), Cap-Vert (Constitution du 4 septembre 1992, article 11.3).

318 - Constitution d'Afrique du Sud du 8 mai 1996, articles 231 à 233.

319 - Constitution espagnole, article 10.2 ("les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne"). On peut évoquer l'existence de dispositions équivalentes au Pérou, au Guatemala, en Colombie, au Costa Rica. Pour l'Europe de

l'Est, en Roumanie (article 20.1) et Moldavie (article 4).

320 - Colombie (article 93), Guatemala (article 46), Roumanie (article 20.2), Slovaquie (Constitution du 3 septembre 1992, article 7.5 : « Les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, les traités internationaux dont l'application n'exige pas une loi, et les traités internationaux qui directement confèrent des droits ou imposent des obligations aux personnes physiques ou morales, et qui sont ratifiés et promulgués selon la procédure fixée par la loi, ont la primauté sur les lois »).

321 - Argentine : Constitution du 22 août 1994, article 75.22, qui présente une liste des différents traités qui entrent en vigueur avec un rang constitutionnel. Venezuela : Constitution du 15 décembre 1999, article 23 : « les traités, pactes et conventions relatifs aux droits de l'homme qui ont été conclus et ratifiés par le Venezuela ont rang constitutionnel (...) ».

322 - J. Malenovski, "Dix ans après la chute du mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des Pays d'Europe Centrale et Orientale (PECO)", AFDI 1999, p. 46.

323 - Pays-Bas, article 94 de la Constitution. Les juges belges ont également décidé en ce sens : La Cour de cassation, par un arrêt du 27 mai 1971, Fromagerie franco-suisse "Le ski", a déclaré que "lorsque que le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature du droit international conventionnel". Voir P.M. Eisemann (sous la dir de), L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe, La Haye, Kluwer Law international, 1996, notamment p. 136.

324 - Ainsi, la Constitution du Venezuela du 15 décembre 1999 est très moderne sur ce point, prévoyant intégration directe et primauté des actes en question: son article 153 dispose que "provisions adopted within the framework of integration agreements shall be regarded as an integral part of the legal order in force, and shall be applicable directly and with priority over internal legislation". En Europe, on peut mentionner l'existence de telles dispositions dans les constitutions du Portugal, de la Pologne, et des Pays-Bas.

325 - Article 10 du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) entré en vigueur en septembre 1995 : « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

326 - Dès lors que la coutume ne fait pas l'objet de transposition législative, les développements suivants concernent les traités et les actes unilatéraux internationaux.

327 - Loi N°2000-282 du 30 mars 2000, publiée au J.O du 31 mars.

328 - Pour une explication claire de ces deux fonctions, qu'il ne faut pas assimiler, voir T. Treves et M.F di Rotalma "Italie", in P.M.Eisemann (dir.), L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit., p. 373 : « Il faut souligner, en tout cas, que même si l'autorisation de ratification et l'acte par lequel on donne exécution au traité sont presque toujours contenus dans la même loi, leur nature juridique reste distincte ; cela ressort, entre autres, du fait que, pour l'autorisation de ratification, la loi est toujours nécessaire, alors que pour l'exécution dans l'ordre juridique interne il est parfois suffisant d'avoir recours à des actes de niveau réglementaire ».

329 - J. Verhoeven, "La notion d'applicabilité directe du droit international", Revue Belge de Droit International, 1980-2, p. 243.

330 - On peut citer par exemple l'article 9 de la récente Convention sur les armes à sous-munitions signée à Oslo en décembre 2008 : « Chaque État partie prend toutes les mesures législatives, réglementaires et autres qui sont appropriées pour mettre en œuvre la présente Convention, y compris l'imposition de sanctions pénales pour prévenir et réprimer toute activité interdite à un État partie en vertu de la présente Convention, qui serait menée par des personnes, ou sur un territoire, sous sa juridiction ou son contrôle ».

331 - C'est ainsi qu'un auteur américain explique la pratique très courante des lois d'application aux Etats-Unis, en constatant l'immense différence dans la formulation du droit international et des lois américaines. En effet, celles-ci « have tried to foresee all possible circumstances that may arise and to provide for them. They have sacrificed style and simplicity. They have foregone brevity (...). How different is a treaty. It lays down general principles. It expresses its aims and purposes...but it lacks precision. It uses word and phrases without defining what they mean. (...) It is the European way...», C. M. Vasquez, « The Four Doctrines of Self-executing Treaties », AJIL 1995, p. 498.

332 - Loi n 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI, publiée au J.O du 10 août 2010. Pour un commentaire relatif à la distinction entre exécution obligatoire et adaptation volontaire du statut de Rome, voir Spyridon Aktypis, « Adaptation du droit pénal français au statut de la Cour pénale internationale : état des lieux », Revue Droits Fondamentaux, 2008-2009, no. 7, [www.droits-fondamentaux.org].

333 - Propos tenus par le rapporteur Thierry Mariani lors

des débats à l'Assemblée nationale du 12 juillet 2010, consultables sur [http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2009-2010-extra/20101013.asp#P149_11267]. On peut constater une affirmation équivalente de Patrice Gélard, rapporteur au Sénat : « Tout d'abord, ce projet de loi n'est pas une transposition mot à mot, que justifierait, par exemple, la mise en œuvre d'une directive communautaire en droit interne. Nous avons affaire à un traité, rédigé dans une langue que j'appellerais « franglais ». Un certain nombre de dispositions sont impossibles à transposer dans notre droit interne » : débats du 10 juin 2008, consultables sur [http://www.senat.fr/seances/s200806/s20080610/s20080610_mono.html#Niv1_SOM6].

Les débats tenus dans ces deux assemblées montrent que tous n'étaient pas d'accord sur le terme d'adaptation, ni même sur la nécessité d'une loi. Certains (comme le député Jean-Jacques Urvoas) ont même répondu que « qui veut bien se donner la peine de lire le statut découvrira que ce texte n'a nul besoin d'être adapté ! Son écriture ne relève pas de la traditionnelle prudence des textes diplomatiques. Parce que la simplicité est gage d'efficacité, ses auteurs l'ont au contraire écrit de manière limpide, et les obligations qu'il contient sont directement applicables en droit interne » (Ibid.).

334 - Tel était le constat déjà effectué notamment par J. Dhommeaux, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », AFDI 1995, p. 461.

335 - Voir J. A. Frowein, "Allemagne", in P.M.Eisemann (dir.), L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit., p. 90.

336 - S. Manacorda, G. Werle, « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du « Völkerstrafgesetzbuch » allemand », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2003, p. 501. Les auteurs soulignent l'absence d'une obligation exacte de conformité entre le statut de Rome et le droit interne, la pluralité des formes de transposition pénale, ainsi que l'existence d'une large marge nationale d'appréciation.

337 - Pour l'exemple le plus récent, voir la loi no. 2010-819 du 20 juillet 2010 tendant à l'élimination des armes à sous-munitions publiée au J.O du 21 juillet 2010. La Convention d'Oslo est entrée en vigueur au plan international le 1er août 2010.

338 - Les États-Unis ont déclaré que les articles 1 à 27 du Pacte (c'est-à-dire toutes les normes matérielles de définition des droits) ne seraient pas applicables dans l'ordre interne, car celui-ci protège déjà les droits contenus dans le traité. Cette déclaration pourrait être qualifiée de réserve, dont la compatibilité avec l'objet du traité peut être remise en cause.

339 - Pour un rejet de leur applicabilité directe par le

juge français, voir C.Cass, crim, 26 mars 1996, Javor et autres, RGDI 1996, p. 1083, note M. Sastre. La critique doctrinale peut être illustrée par B. Stern, "La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en Ex-Yougoslavie et au Rwanda", GYIL, 1998, pp. 280-299. En ce qui concerne les États-Unis, parmi les premiers commentaires doctrinaux relatif à l'applicabilité des Convention de Genève aux prisonniers de Guantanamo, voir J.J. Paust, « Judicial Power To Determine the Status and Rights of Persons Detained Without Trial », *Harvard International Law Journal*, 2003-2, p. 515.

340 - L'ensemble des critiques juridiques émises sur cette loi sont synthétisées sur le site de la Coalition française pour la CPI, [www.cfpci.fr]. On peut mentionner notamment l'avis très négatif rendu par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) en décembre 2008, soulignant que le projet de loi n'était nullement conforme, ni au Statut de la CPI, ni aux Conventions de Genève de 1949.

341 - E. Lambert-Abdelgawad, "Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2003-3, pp. 539-574. Pour les suites données à la loi canadienne de 2000 sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, voir H. Dumont, « La réception du droit international pénal en droit interne à la lumière de l'affaire Mugesera : le Canada aurait-il deux faces de Janus ? », *Revue de science criminelle*, 2007, p. 187.

342 - En effet, "la loi sur la CPI adopte une approche restrictive dans la mesure où elle incorpore les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité, et les crimes de guerre dans le droit national, mais seulement dans la mesure où ces crimes sont commis au Royaume-Uni ou par des ressortissants du Royaume-Uni... Ceci est regrettable" : J. Jones, "Droit anglais", in A. Cassese, M. Delmas-Marty (ss la dir. de), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 57.

343 - A. Cassese, "L'incidence du droit international sur le droit interne", in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, op.cit., p. 560.

344 - Cela fut énoncé par jurisprudence américaine dès 1796 : voir A. Peyro Llopis, « La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis », *RGDI* 2005, p. 609 et s.

345 - En revanche la cour constitutionnelle italienne a affirmé la primauté de la coutume internationale sur la loi en 1979 : voir les différents rapports nationaux in P.M. Eisemann (sous la dir de), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, étude de la pratique en Europe, op.cit, supra, note 323.

346 - Tel est fréquemment le cas entre le Conseil d'État et la Cour de Cassation en France, cette dernière étant souvent plus audacieuse dans la prise en compte du droit international (notamment quant à l'applicabilité des résolutions du Conseil de

sécurité) : M.P. Lanfranchi, "La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité", *AFDI*, 1997, p. 43.

347 - H. Dumont, « la réception du droit international pénal en droit interne à la lumière de l'affaire Mugesera : le Canada aurait-il deux faces de Janus ? », *revue de sciences criminelles*, 2007, pp. 187s.

348 - Dans le langage francophone, il est question d'applicabilité immédiate, ou directe, ou encore d'effet (immédiat ou direct), ou d'invocabilité. L'effet direct est une qualité intrinsèque de la norme : par son degré de normativité, de précision, par son objet même, elle est apte à créer des droits et des obligations pour les particuliers situés dans l'ordre interne. Pour le juge, d'une part la norme doit être applicable, c'est-à-dire valable, entrée en vigueur et obligatoire dans l'ordre interne. D'autre part, cependant, il lui faut aussi analyser son caractère intrinsèquement invocable, et donc l'effet direct de la norme internationale. En résumé, aux fins de clarification, on peut considérer que l'applicabilité directe est composée de deux étapes : l'applicabilité simple ou immédiate (dépendant des options constitutionnelles) et l'effet direct (dépendant de la qualité de la norme internationale, suffisamment précise pour se suffire à elle-même). Le vocabulaire anglophone, quant à lui, utilise généralement un seul terme, celui de « self-executing », qui recouvre pourtant des significations multiples, et ne permet guère de distinguer les notions de réception, d'exécution, et d'application du droit. Pour une explication des divergences de conception de la notion entre les différents juges américains, voir C.M. Vasquez, "The Four Doctrines of Self-executing Treaties", *AJIL*, 1995, pp. 695-723.

349 - Depuis 1816 aux États-Unis, 1842 en Belgique, ou encore 1921 au Royaume-Uni. On mesure alors à quel point la position française de principe pouvait paraître archaïque sur ce point, puisque le juge administratif français fut le dernier à se reconnaître compétent pour interpréter un traité, en 1990. Voir *Études du Conseil d'État, La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000, p. 34.

350 - J. Dutheil de la Rochère, "Le droit international fait-il partie du droit anglais ?", in *Le droit international : unité et diversité*, Mélanges Reuter, Paris, Pedone, 1981, p. 246.

351 - C. Kessedjian, « Le Restatement of the Foreign Law of United States. Un nouveau traité de droit international ? », *JDI*, 1990-1, p. 36.

352 - voir le numéro spécial Les petites affiches, consacré à la « Diversité des systèmes juridiques et inspiration réciproque des juges », 2008, no. 112, disponible en ligne via www.lextenso.com

353 - Sur un même traité, les méthodes judiciaires en France et aux États-Unis peuvent varier et donner lieu à des résultats opposés : v. B. Taxil, « L'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France »,

Revue Internationale de Droit Comparé, 2007-1. Pour une attitude très critique de la doctrine américaine elle-même sur l'attitude d'autolimitation judiciaire, D. F. VAGTS, « The United States and its Treaties : observance and breaches », AJIL 2001-2, vol. 95, p. 313.

354 - J. Combacau, S. Sur, Droit international public, op.cit., 6ème édition, 2004, p. 199.

355 - Ibid.

356 - C.E.D.H., 29 mars 2010, requête n° 3394/03, affaire Medvedyev et autres c. France.

357 - C.E.D.H., 29 mars 2010, requête n° 3394/03, affaire Medvedyev et autres c. France, § 99..

358 - Non entièrement à tort selon moi, l'opinion dissidente soulignait la distinction à faire entre les exigences du droit international et celle du droit pénal (interne) (supra, § 1) en considérant que "fondamentalement, il est nécessaire d'être réaliste dans des circonstances aussi exceptionnelles. Le Cambodge n'était pas partie aux Conventions de Montego Bay et de Vienne: mais rien ne lui interdisait malgré cela, de conclure comme il l'a fait un accord bilatéral avec la France, ainsi que le reconnaît l'arrêt aux paragraphes 97 et 98. Par voie de conséquence, et étant rappelé qu'en droit interne les infractions dont étaient soupçonnés les requérants étaient légalement punissables et qu'il n'est pas contesté qu'elles ont été punies selon les voies légales, faut-il appliquer à la base légale constituée par la note verbale des critères de la "régularité" qui s'appliquent à des hypothèses beaucoup moins exceptionnelles ?"

359 - C.I.J., Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 2002, arrêt du 14 février 2002, "mandat d'arrêt du 11 avril 2000", § 59.

360 - Selon les termes du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, "les crimes contre l'humanité transcendent aussi l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque d'ailleurs la spécificité du crime contre l'humanité. (Le Procureur c. Drazen Erdemovic, § 28).

361 - Philippe COPPENS, Compétence universelle et justice globale, Annales de Droit de Louvain, vol. 64, 2004, n° 1-2, p. 27-30.

362 - J. Flamme, l'affaire Lubanga au stade préliminaire devant la Cour Pénale internationale : une primeur historique, également pour les droits de l'homme et les droits de la défense ?, p. 43.

363 - Ainsi que l'a souligné la Cour de justice des Communautés européennes (C-303/05, 3 mai 2007, Advocaaten voor de wereld, § 29), "la reconnaissance mutuelle des mandats d'arrêts émis dans les différents États membres conformément au droit de l'État d'émission concerné

exige le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres relatives à la coopération judiciaire en matière pénale et, plus spécifiquement, des règles concernant les conditions, procédures et effets de la remise entre autorités nationales".

364 - Débat sur « la notion de droit francophone a-t-elle un sens ? » juin 2008, publié à la Revue électronique Afrilex.u-bordeaux4.fr, CERDRADI, Université Montesquieu Bordeaux IV

365 - Afrilex précité

366 - Sur cette approche, cf Existe-t-il une culture juridique francophone ? », publication des actes du colloque de Toulouse, avec notre rapport introductif, PU, LGDJ, 2007

367 - <http://www.fondation-droitcontinental.org>

368 - La deuxième lettre du sigle RSS renvoie selon les cas au terme de « système » ou au terme de « réforme ». Tout comme l'OCDE et la France, le présent document retient le terme de « système », en considérant qu'un système de sécurité est composé de différents secteurs (secteur de défense, secteur de police, secteur de justice, ...).

369 - En effet, l'ampleur des réformes nécessaires ne peut généralement pas être assumée par un unique partenaire international.

Handwriting practice lines consisting of 20 horizontal dotted lines.

Handwriting practice lines consisting of 20 horizontal dotted lines.



3ème
congrès de
l'AHJUCAF

21-23 juin 2010

Cour suprême du Canada Ottawa

Internalisation du droit,
internalisation de la justice



www.ahjucaf.org