

CHAPITRE V

LES RELATIONS
ENTRE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES
ET LES ORGANISATIONS RÉGIONALES À L'AUNE
DE L'INTERACTION ENTRE MESURES COERCITIVES
ET DROITS DE L'HOMME

Le Conseil de sécurité a, dès le début des années quatre-vingt-dix, considérablement élargi son champ d'action et le choix des mesures adoptées dans le cadre du chapitre VII de la Charte de l'ONU s'est diversifié. Les conditions de mise en œuvre de ces mesures ont fait place à une série de problèmes juridiques, lesquels ont trouvé un écho particulier au sein des organisations régionales appelées à mettre en œuvre lesdites mesures ou à contrôler la conduite d'Etats membres agissant en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité.

De nouvelles dynamiques se sont ainsi fait jour dans les relations entre organisations universelles et organisations régionales. Elles seront mises en éclairage au travers des rapports entre les décisions du Conseil de sécurité et les normes de droits de l'homme, que celles-ci aient une portée universelle ou qu'elles relèvent d'accords ou d'ordres juridiques régionaux. Les juridictions en place au sein de l'Union européenne (UE/CE) et du Conseil de l'Europe ont été saisies de questions de mise en œuvre de décisions du Conseil de sécurité à l'aune des droits de l'homme. Elles ont rendu des décisions relatives aux actions de présences internationales autorisées par l'ONU ou à l'adoption de sanctions ciblées. Ces décisions révèlent que les rapports entre l'ONU et les organisations régionales peuvent être appréhendés sous l'angle d'une relation de subordination des secondes à l'égard de la première du fait du jeu présupposé de certaines normes et valeurs. Ce peut aussi être au travers d'une relation d'autonomie normative et institutionnelle des institutions régionales par rapport à l'ONU en raison du particularisme des valeurs protégées. Les décisions de juridictions régionales laissent également apparaître la possibilité d'une relation de déférence à l'endroit de l'organisation universelle, soumise à la satisfaction de certaines conditions formulées par les organisations régionales. Ces décisions judiciaires, de même qu'une série d'initiatives diplomatiques reflétant une approche plus dialectique vis-à-vis des mesures onusiennes,

soulignent le visage pluriel des relations entre l'ONU et les organisations régionales et seront évoquées tour à tour.

A. Une relation de subordination : la décision rendue en l'affaire Kadi par le Tribunal de première instance des Communautés européennes

Deux affaires portées devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes, les affaires *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*⁸⁹⁰ et *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*⁸⁹¹, permettent d'illustrer ce type de relations prenant appui sur des arguments d'ordre normatif. Les deux affaires sont semblables à maints égards et ont été jointes aux fins de la procédure orale. De ce fait, l'accent sera placé sur l'une d'elles, l'affaire *Kadi*.

L'affaire *Kadi* s'inscrit dans le contexte de l'action du Conseil de sécurité vis-à-vis de l'Afghanistan et du régime des talibans. Les liens de la situation qui prévalait en Afghanistan avec le terrorisme conduisirent le Conseil de sécurité à réagir dès 1996. Un pas fut franchi en 1999 avec la résolution 1267 (1999) qui allait plus loin que les précédentes résolutions en obligeant les Etats membres des Nations Unies à adopter des mesures spécifiques contre le terrorisme international ainsi que contre les talibans, en prescrivant, notamment, l'interdiction de vols aériens et le gel des fonds talibans⁸⁹². Elle prévoyait en outre la création d'un Comité de sanctions par le Conseil de sécurité pour mettre en œuvre des sanctions contre al-Qaida et les talibans (ci-après : «le Comité des sanctions»)⁸⁹³.

Les mesures prévues par la résolution 1267 furent renforcées par la résolution 1333, adoptée le 19 décembre 2000, qui exigeait

890. *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaire n° T-315/01, arrêt du 21 septembre 2005 (ci-après «arrêt *Kadi* TPI»).

891. *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaire n° T-306/01, arrêt du 21 septembre 2005.

892. Conseil de sécurité, résolution 1267 (1999), 15 octobre 1999, par. 4.

893. *Ibid.*, par. 6. De manière générale, sur les sanctions édictées par le Conseil de sécurité et le développement d'un régime des sanctions ciblées, voir V. Gowlland-Debbas, «Sanctions Regimes under Article 41 of the UN Charter», dans V. Gowlland-Debbas (dir. publ.), *National Implementation of United Nations Sanctions : A Comparative Study*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 3-31.

l'adoption par les Etats membres de mesures nécessaires au gel immédiat des fonds et autres actifs financiers d'Ousama ben Laden, de l'organisation al-Qaida et d'individus et d'entités qui sont associés ou contrôlés directement ou indirectement par eux, tels qu'identifiés par le Comité⁸⁹⁴.

Considérant qu'une action de la Communauté européenne était nécessaire afin de mettre en œuvre cette résolution, le Conseil adopta le règlement (CE) n° 467/2001 le 6 mars 2001. Son article 2 gelait tous les fonds et autres actifs financiers appartenant à toute personne physique ou morale, toute entité ou tout organisme désigné par le Comité des sanctions et listé dans l'annexe I du règlement. L'annexe I contenait une liste des personnes concernées qui pouvait être modifiée ou complétée «sur la base des décisions du Conseil de sécurité des Nations Unies ou du Comité des sanctions contre les talibans»⁸⁹⁵. Le Comité des sanctions, à plusieurs reprises, a mis à jour cette liste. Les modifications faites furent systématiquement reportées dans la liste de la Communauté au moyen de l'adoption de nouveaux règlements.

A la suite des attentats terroristes commis aux Etats-Unis le 11 septembre 2001, le Comité des sanctions consolida sa liste en ajoutant les noms de plusieurs personnes considérées comme liées à al-Qaida. Le nom de M. Yassin Abdullah Kadi fut alors ajouté. Le règlement (CE) n° 2062/2001 du Conseil daté du 19 octobre 2001 permit d'ajouter ce nom à l'annexe I du règlement n° 467/2001.

M. Yassin Abdullah Kadi déposa une requête le 18 décembre 2001

894. Le paragraphe 8, alinéa c), de la résolution 1333 (2000) du Conseil de sécurité, 19 décembre 2000, se lit comme suit :

«Geler sans retard les fonds et autres actifs financiers d'Usama bin Laden et des individus et entités qui lui sont associés, tels qu'identifiés par le Comité, y compris l'organisation Al-Qaida, et les fonds tirés de biens appartenant à Usama bin Laden et aux individus et entités qui lui sont associés ou contrôlés directement ou indirectement par eux, et veiller à ce que ni les fonds et autres ressources financières en question, ni tous autres fonds ou ressources financières ne soient mis à la disposition ou utilisés directement ou indirectement au bénéfice d'Usama bin Laden, de ses associés ou de toute entité leur appartenant ou contrôlée directement ou indirectement par eux, y compris l'organisation Al-Qaida, que ce soit par leurs nationaux ou par toute autre personne se trouvant sur leur territoire, et prie le Comité de tenir, sur la base des informations communiquées par les Etats et les organisations régionales, une liste à jour des individus et entités que le Comité a identifiés comme étant associés à Usama bin Laden, y compris l'organisation Al-Qaida.»

895. Règlement (CE) n° 467/2001, 6 mars 2001, art. 10.

devant le Tribunal de première instance contre le Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communauté européennes demandant l'annulation des règlements (CE) n° 467/2001 et n° 2062/2001 par lesquels ses fonds avaient été gelés. M. Kadi demandait l'annulation de ces deux règlements invoquant qu'au travers de leur mise en œuvre ses droits fondamentaux, en particulier le droit d'être entendu, le droit au respect de la propriété et du principe de proportionnalité et le droit à un contrôle juridictionnel effectif, étaient violés⁸⁹⁶. Devant le Tribunal de première instance, le Conseil de l'Union européenne fit notamment valoir que les règlements concernés n'étaient que des instruments de mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité. En raison de leur nature et des circonstances dans lesquelles ils avaient été adoptés, ils ne pouvaient pas faire l'objet d'une allégation d'illicéité⁸⁹⁷. A titre subsidiaire, tant le Conseil que la Commission soutinrent que les règlements attaqués ne portent pas atteinte aux droits et libertés fondamentaux dont la violation était alléguée⁸⁹⁸.

Dans sa décision, le Tribunal a en premier lieu considéré que l'appréhension des conditions de mise en œuvre des sanctions édictées par les résolutions du Conseil de sécurité relevait de la compétence des organes communautaires. Différents arguments ont été avancés à cette fin. Le Tribunal a considéré que la compétence de la Communauté était établie sur la base des articles 60 CE, 301 CE et 308 du traité CE⁸⁹⁹. Hors du cadre communautaire, il pouvait être considéré que les Etats membres de l'UE/CE appliquaient les sanctions par l'entremise d'une organisation internationale au sens de l'article 48, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies. Il y avait acceptation par les Etats membres de l'UE/CE qu'il revenait à la Communauté européenne de mettre en œuvre les sanctions décidées par le Conseil de sécurité.

La question qui devait ensuite être abordée était celle de savoir si le Tribunal de première instance pouvait apprécier la légalité des actes communautaires concernés au regard des droits fondamentaux

896. Voir arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 59.

897. *Ibid.*, par. 161.

898. *Ibid.*, par. 165.

899. *Ibid.*, par. 130. Sur ces aspects, voir D. Simon et F. Mariatte, «Le Tribunal de première instance des Communautés: Professeur de droit international? A propos des arrêts Yusuf, Al Barakaat International Foundation et Kadi du 21 septembre 2005», *Europe — Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, n° 12, décembre 2005, pp. 6-10.

dont M. Kadi revendiquait la protection et qui trouvent application dans l'ordre communautaire. En d'autres mots, il était souligné que la requête portait sur la légalité des actes communautaires en cause au regard du droit communautaire primaire, y inclus les droits fondamentaux. Le Tribunal de première instance n'a pas suivi M. Kadi sur cette voie. Il s'est appuyé sur le fait que le règlement avait été adopté par la Communauté pour les Etats membres en tant que membres des Nations Unies, et cela afin de mettre en œuvre les décisions du Conseil de sécurité⁹⁰⁰. Le Tribunal a donc estimé que la Communauté était «liée» — pour des motifs tenant au traité et à la pratique — par la Charte des Nations Unies et que les obligations qui découlaient de cette dernière avaient priorité sur les obligations issues du droit communautaire⁹⁰¹. Le Tribunal s'est notamment appuyé sur les articles 297 et 307 du traité CE pour étayer ses arguments sur la primauté des obligations de la Charte en général⁹⁰², la nécessité de prendre en compte les engagements préexistants des Etats membres dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales⁹⁰³ et, en situation de transfert de compétences — lequel s'apparentait en l'espèce à une succession —, la nécessité que celles-ci soient exercées dans le respect de la Charte des Nations Unies⁹⁰⁴.

En adoptant les mesures en cause dans l'affaire *Kadi*, les institutions européennes avaient, selon le Tribunal, «agi au titre d'une compétence liée, de sorte qu'elles ne disposaient d'aucune marge d'appréciation autonome»⁹⁰⁵. En stipulant que les règlements européens n'étaient qu'une reproduction des résolutions du Conseil de sécurité, le Tribunal a considéré que tout contrôle de la légalité interne desdits règlements impliquerait «que le Tribunal examine, de façon incidente, la légalité desdites résolutions»⁹⁰⁶. L'institution

900. Voir arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 213.

901. Pour une appréciation critique de ce raisonnement, voir M. Bulterman, «Fundamental Rights and the United Nations Financial Sanctions Regime: The Kadi and Yusuf Judgments of the Court of First Instance of the European Communities», *LJIL*, vol. 19, 2006, pp. 753-772, p. 766.

902. Arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 185-187.

903. *Ibid.*, par. 188-189.

904. *Ibid.*, par. 194 ss. Voir aussi J.-P. Jacqué, «Le Tribunal de Première instance face aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies: «Merci Monsieur le Professeur», *L'Europe des libertés*, n° 19, 2006, pp. 2-3, disponible sur http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=261&id_rubrique=51.

905. Arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 214.

906. *Ibid.*, par. 215.

judiciaire en a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour apprécier la conformité de l'acte communautaire en question au regard des droits fondamentaux issus de l'ordre juridique communautaire, parce que par ricochet elle aurait dû apprécier la légalité des résolutions du Conseil de sécurité⁹⁰⁷.

Toutefois le Tribunal a précisé qu'il pouvait exercer un contrôle de légalité incident des résolutions du Conseil de sécurité au regard du *jus cogens*. Ce corps de normes, selon l'acception donnée par le Tribunal, constitue

«un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger»⁹⁰⁸.

Cela a conduit le Tribunal à considérer que, en cas de violation du *jus cogens*, les obligations découlant de la résolution en question ne lieraient pas les membres des Nations Unies. Ainsi, de manière indirecte, en passant par le *jus cogens*, le Tribunal s'est reconnu le droit d'exercer un contrôle de la légalité des résolutions du Conseil de sécurité. Il faisait ainsi échec à une subordination normative absolue en jouant d'un possible contrôle des décisions de l'Organisation universelle au moyen d'un corpus de normes lié étroitement à l'idée d'ordre public international. L'institution régionale tenta ainsi de contourner la sujétion à l'Organisation universelle non pas par une référence à ses propres normes (régionales) mais en invoquant des normes universelles. Le paradoxe en est que la suprématie du droit universel était encore une fois affirmée, à l'aide du droit impératif, lequel, cette fois-ci, était utilisé comme moyen de contrôle de l'action de l'organe universel qu'est le Conseil de sécurité⁹⁰⁹.

Le propos n'est pas celui d'apprécier la justesse de la démarche du Tribunal de première instance dans son appréciation du contenu et de la portée des normes envisagées par le Tribunal comme étant susceptibles de relever du *jus cogens*, mais de s'interroger sur le raisonnement conduit dans cette décision. Invoquant le statut des obligations qui découlent du chapitre VII de la Charte des Nations Unies

907. Arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 225.

908. *Ibid.*, par. 226.

909. Voir A. Bianchi, «The Magic of *Jus Cogens*», *EJIL*, vol. 19, 2008, pp. 491-508, pp. 498-499; C. Tomuschat, «Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*; Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*», *CML Rev.*, vol. 43, 2006, pp. 537-551, p. 540.

en vertu des articles 25 et 103 de cette dernière, le Tribunal se prononce en faveur du principe selon lequel celles-ci prévalent sur toutes autres obligations internationales, y compris celles découlant d'instruments internationaux, telle la Convention européenne des droits de l'homme⁹¹⁰. Cela lui permet de considérer qu'il n'a pas de compétence pour contrôler la légalité des résolutions du Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, hormis la possibilité d'un contrôle au regard du respect des normes de *jus cogens*.

Le type de relations envisagées est donc celui d'une subordination du système communautaire à l'endroit du droit de la sécurité collective du fait d'un principe de primauté contenu dans les articles 25 et 103. Faisant application de la théorie de succession aux obligations de ses Etats membres à la faveur de la Communauté en vertu de son traité constitutif⁹¹¹, le Tribunal de première instance considère qu'en de telles circonstances les institutions communautaires doivent permettre l'application d'obligations internationales bénéficiant de la primauté issue des dispositions de la Charte des Nations Unies⁹¹².

Une autre approche était envisageable. Le Tribunal avait d'ailleurs lui-même établi que le droit onusien trouve place dans l'ordre communautaire en vertu du droit communautaire et non pas seulement en vertu de la Charte des Nations Unies. Ainsi, les obligations qui pèsent sur les Etats membres en vertu de la Charte le sont en tant qu'obligations découlant d'une convention conclue avant le 1^{er} janvier 1958⁹¹³, date d'entrée en vigueur du traité établissant la Communauté européenne, et ne doivent pas être affectées par les traités européens⁹¹⁴. Le Tribunal a également considéré, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice⁹¹⁵, que les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit interna-

910. Arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 183 et 184. Voir M. Bulterman, *op. cit.*, p. 765.

911. Voir arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 203. Voir aussi L.-H. Hinojosa Martínez, «Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the *Kadi* Judgment», *International Organizations Law Review*. vol. 5, 2008, pp. 339-357, pp. 339-341. Voir aussi *supra*, pp. 186-187.

912. En ce sens, voir C. Tomuschat, «Case T-306/01...», *op. cit.*, pp. 541 ss.

913. Traité instituant la Communauté européenne, art. 307.

914. Arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 185-188.

915. Voir P. J. Kuijper, «Customary International Law, Decisions of International Organisations and Other Techniques for Ensuring Respect for International Legal Rules in European Community Law», dans J. Wouters, P. A. Nollkaemper et E. de Wet (dir. publ.), *The Europeanisation of International Law*, La Haye, Asser, 2008, pp. 87-106, p. 100.

tional. Il en conclut que «le droit communautaire doit être interprété, et son champ d'application circonscrit, à la lumière des règles pertinentes du droit international»⁹¹⁶. Il était par conséquent possible d'envisager que le droit communautaire dont M. Kadi se prévalait puisse être interprété conformément aux obligations découlant de la Charte des Nations Unies, laissant ainsi ouverte la possibilité d'une non-conformité du premier à l'égard des secondes.

Le Tribunal de première instance a choisi une autre voie. Du fait de la compétence dite liée de la Communauté, il a appréhendé les règlements communautaires comme des véhicules d'application du droit onusien du maintien de la paix, ce dernier étant au bénéfice du jeu des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies. Selon l'instance judiciaire, cette situation mettrait les décisions du Conseil de sécurité hors d'atteinte d'un contrôle juridictionnel à l'échelon régional. La seule limite à cette forme d'«immunité» est le respect des normes relevant du *jus cogens*, liant — selon la conception que le Tribunal donne du *jus cogens* —, tant les Etats que les organisations internationales⁹¹⁷. Si l'on suit le raisonnement du Tribunal, qui n'a pas d'hésitation à admettre que le Conseil de sécurité est lié par les normes de *jus cogens*, on perçoit alors que selon l'instance judiciaire il y a un ordre public international constitué de normes auxquelles nul ne peut déroger. Chaque sujet de droit international serait en quelque sorte le gardien de la légalité, y compris les instances et organes d'organisations régionales⁹¹⁸. Le Tribunal admet alors la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la légalité des résolutions du Conseil au regard du *jus cogens*, sans s'appesantir sur l'origine des normes auxquelles il fait appel ainsi que sur leur appartenance au *jus cogens*.

916. Arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 199.

917. On peut s'interroger sur le fait de savoir si le Conseil de sécurité est lié par de telles normes. Voir, par exemple, B. Martenczuk, «The Security Council, the International Court of Justice and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?», *EJIL*, vol. 10, 1999, pp. 517-547, pp. 545-546.

918. Dans le cadre de ce raisonnement, le Tribunal semble considérer que les droits fondamentaux de l'ordre communautaire pourraient relever de ce *jus cogens* «*omnium*». Pour une critique de cette approche, J. d'Aspremont et F. Dopagne, «Two Constitutionalisms in Europe: Pursuing an Articulation of the European and International Legal Orders», *ZaöRV*, vol. 69, 2009, pp. 939-978, p. 968; P. Eeckhout, «Community Terrorism Listings, Fundamental Rights and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit», *European Constitutional Law Review*, vol. 13, 2007, pp. 183-206, p. 195; C. Eckes, «Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures», *European Law Journal*, vol. 14, 2008, pp. 74-92, pp. 87-88.

Le postulat selon lequel une juridiction régionale pourrait exercer un contrôle au regard du *jus cogens* a pu être considéré comme portant en lui les germes d'un affaiblissement du système de sécurité collective de l'ONU⁹¹⁹. Tant le pouvoir d'une juridiction compétente — qu'elle soit nationale ou régionale — d'exercer un tel contrôle que les risques d'interprétation divergente qui pourraient en découler sont mis en cause. En outre, l'identification de normes de *jus cogens* par des juridictions régionales ou nationales peut faire place à des conceptions divergentes ainsi qu'à des problèmes de définition et d'interprétation de ces normes⁹²⁰.

C'est avant tout au travers d'un lien de subordination que le Tribunal de première instance conçoit les relations entre l'ordre communautaire et l'ordre onusien. Il prend appui sur le postulat de hiérarchie normative qui découlerait des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies. Toutefois, l'article 103 énonce avant tout une règle de conflit d'obligations qui ne devrait produire d'effets que s'il y a un conflit. Le problème n'était pas avant tout celui de savoir si le Tribunal de première instance avait compétence pour apprécier la réalité du conflit revendiqué entre les obligations découlant des décisions du Conseil de sécurité et les obligations en matière de droits de l'homme qui lient les Etats membres des Nations Unies, mais aussi les membres de la Communauté européenne au titre du droit communautaire⁹²¹, et s'il y avait véritablement conflit entre ces obligations ?

L'attitude de subordination n'a toutefois pas été absolue puisque le Tribunal a considéré qu'il pouvait opérer un contrôle de légalité au titre du *jus cogens*.

919. Voir E. Decaux, «Déclarations et conventions en droit international», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 4.

920. Voir I. Cameron, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, rapport préparé par le Conseil de l'Europe, 6 février 2006, disponible sur http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/public_international_law/Texts_%20Documents/2006/I.%20Cameron%20Report%2006.pdf; E. de Wet, «Holding the United Nations Security Council Accountable for Human Rights Violations through Domestic and Regional Courts: A Case of Be Careful What You Wish for?», dans J. Farrall et K. Rubenstein (dir. publ.), *Sanctions, Accountability and Governance in a Globalised World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 143-168.

921. Voir G. Lysen, «Targeted UN Sanctions: Application of Legal Sources and Procedural Matters», *NJIL*, vol. 72, 2003, pp. 291-304. L'article a été publié en 2003 et donc avant le rendu de la décision en l'affaire *Kadi*. Mais il semble selon cet auteur qu'on ne pourrait parler de conflit qu'au regard de la non-satisfaction des principes de nécessité et de proportionnalité (*ibid.*, p. 296).

*B. Oscillation de la Cour européenne des droits de l'homme
entre déférence et subordination*

A l'occasion d'une série d'affaires portées devant elle, la Cour européenne des droits de l'homme a montré une tendance à osciller entre une approche de déférence conditionnée (1) et une approche de subordination inconditionnée vis-à-vis d'un autre ordre normatif et institutionnel (2).

*1. Une possible approche de déférence conditionnée :
éclairages apportés par la décision de la CEDH
rendue en l'affaire Bosphorus*

La CEDH a compétence à l'égard des actes des Etats membres de la Convention des droits de l'homme. La question soumise à la Cour en l'affaire *Bosphorus* était de savoir quelle serait son attitude par rapport à des activités d'organisations internationales auxquelles des Etats membres avaient transféré des pouvoirs.

De manière générale il peut être affirmé que les organes de Strasbourg considèrent que le transfert des pouvoirs par les Etats membres à des organisations internationales est possible. Néanmoins, un tel transfert

«n'exclut pas nécessairement la responsabilité d'un Etat en vertu de la Convention, lorsqu'il s'agit de l'exercice des pouvoirs transférés. A défaut, des garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues sans motif et être privées de leur caractère contraignant.»⁹²²

Afin d'éviter que ce transfert de pouvoirs n'occasionne un contournement des obligations des Etats issues de leur participation à la CEDH, les organes de Strasbourg font application de la *doctrine de la protection équivalente*. Selon celle-ci,

«le transfert de pouvoirs à une organisation internationale n'est pas incompatible avec la Convention, à condition que, dans

922. *M. & Co. c. Allemagne*, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 février 1990, requête n° 13258/87, *Décisions et rapports*, vol. 64, pp. 138 ss., p. 152. Mais voir les observations dans un sens contraire de P. J. Kuijper et E. Paasivirta, «Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC's Project on Responsibility of International Organizations», *International Organizations Law Review*, vol. 1, 2004, pp. 111-138, p. 128.

cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente à celle de la Convention européenne des droits de l'homme»⁹²³.

La doctrine de la protection équivalente a été appliquée par les organes de Strasbourg à l'égard de plusieurs organisations internationales⁹²⁴. L'affaire *Bosphorus* met bien en éclairage les contours de cette doctrine⁹²⁵. L'affaire a surgi dans le contexte de sanctions adoptées par le Conseil de sécurité contre la République fédérative de Yougoslavie pendant le conflit de l'ex-Yougoslavie. Les membres des Nations Unies avaient notamment l'obligation de saisir tous les

«aéronefs se trouvant sur leur territoire dans lesquels une personne ou une entreprise de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ou opérant à partir de celle-ci détient un intérêt majoritaire ou prépondérant»⁹²⁶.

La société requérante, une compagnie aérienne charter de droit turc, avait pris en location auprès de Yugoslav Airlines (la «JAT») un aéronef qui avait ensuite été saisi pendant trois ans par l'Etat irlandais — saisine due au fait que l'avion faisait l'objet d'un entretien en Irlande — en application du règlement (CEE) n° 990/93 de la Communauté européenne, cette dernière ayant pour sa part mis en œuvre la résolution 820 (1993) du Conseil de sécurité précitée concernant l'imposition des sanctions contre l'ex-Yougoslavie⁹²⁷. Ayant perdu le bénéfice d'environ trois ans d'un contrat de location prévu pour une durée de quatre années, la société porta plainte⁹²⁸.

Devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de

923. *M. & Co. c. Allemagne*, loc. cit. supra note 922, p. 153.

924. Voir, par exemple, *M. & Co. c. Allemagne*, *ibid.* (concernant la Communauté européenne); *Karl Eckart Heinz c. Etats contractants également Parties à la Convention sur le brevet européen*, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 10 janvier 1994, requête n° 21090/92, *Décisions et rapports*, vol. 76-B, pp. 125 ss. (concernant l'Office européen des brevets); *Waite et Kennedy c. Allemagne*, arrêt de la CEDH du 18 février 1999, *Rec. 1999-I* (concernant l'Agence spatiale européenne), et *Beer et Regan c. Allemagne*, arrêt de la CEDH du 18 février 1999, *Rec. 1999-I* (concernant l'Agence spatiale européenne).

925. *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, CEDH, requête n° 45036/98, jugement du 30 juin 2005, *EHRR*, vol. 42 (2006), pp. 1 ss. (ci-après: «arrêt *Bosphorus CEDH*»).

926. Conseil de sécurité, résolution 820 (1993), 17 avril 1993, par. 24.

927. Règlement (CEE) n° 990/93 adopté le 26 avril 1993.

928. Sur cette affaire, voir aussi *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications et autres*, affaire C-84/95, arrêt de la CJCE du 30 juillet 1996.

l'homme, la société requérante a soutenu que la saisie de l'aéronef par l'Irlande constituait une violation de son droit au respect de ses biens tel que protégé par le Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le fondement de l'acte irlandais étant un règlement communautaire⁹²⁹, la CEDH s'est trouvée confrontée à une situation de transfert de compétences étatiques à une organisation internationale. Elle a alors invoqué la doctrine susmentionnée de protection équivalente vis-à-vis du système communautaire. Plus précisément, la Cour a estimé que, si la protection offerte par le droit communautaire était «équivalente à celle assurée par le mécanisme de la Convention», l'Irlande devrait être considérée comme s'étant conformée à la Convention européenne des droits de l'homme en mettant en œuvre les obligations qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne (lesquelles incluaient les dispositions découlant de décisions du Conseil de sécurité). La Cour a considéré que le système communautaire offrait une protection équivalente. Elle s'est prononcée de la manière suivante :

155. De l'avis de la Cour, une mesure de l'Etat prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention (*M. & Co.*, décision précitée, p. 152, démarche à laquelle les parties et la Commission européenne souscrivent). Par «équivalente», la Cour entend «comparable» : toute exigence de protection «identique» de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi (paragraphe 150 ci-dessus). Toutefois, un constat de «protection équivalente» de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux.

929. L'existence du règlement communautaire a permis à la CEDH de mettre de côté la résolution du Conseil de sécurité, sur laquelle le règlement se basait ; voir arrêt *Bosphorus CEDH*, *op. cit.*, par. 143, et les observations de C. Costello, «The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe», *HRLR*, vol. 6, 2006, pp. 87-130, p. 125.

156. Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation. *Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale (Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, série A n° 310, pp. 27-28, par. 75)⁹³⁰.*

Selon la Cour, dans le contexte de l'application de la doctrine de la protection équivalente, la présomption d'équivalence n'était pas irréfragable, celle-ci pouvant être renversée en cas de protection des droits fondamentaux manifestement insuffisante au sein de l'organisation internationale concernée.

La doctrine de protection équivalente s'apparente à une approche de déférence conditionnée⁹³¹ vis-à-vis d'un autre ordre institutionnel. Cette approche se distingue de l'approche de subordination par le fait qu'il y a place pour un contrôle de la légalité de mesures prises dans le cadre d'une autre organisation si les garanties de légalité offertes dans les ordres juridiques concernés ne sont pas considérées comme équivalentes. Dans le cadre de l'approche de subordination, l'organe régional ne se considère pas compétent pour contrôler les actes adoptés au sein de l'autre ordre juridique concerné, sauf dans des circonstances exceptionnelles⁹³².

L'approche de déférence (plus ou moins) conditionnée de la CEDH dans l'affaire *Bosphorus* s'inscrit dans le sillage de la position adoptée par la Cour constitutionnelle allemande dans les décisions *Solange I* et *Solange II*⁹³³. La juridiction s'était déclarée compétente pour vérifier le respect des droits fondamentaux par les actes

930. Arrêt *Bosphorus CEDH*, *op. cit.*, par. 155 et 156 (l'italique est de nous).

931. Sur cette approche, voir N. Lavranos, « UN Sanctions and Judicial Review », *NJIL*, vol. 76, 2007, pp. 1-18, p. 16; I. Cameron, *op. cit.*, pp. 24-25.

932. Voir, par exemple, l'argumentation du Tribunal de première instance en l'affaire *Kadi*.

933. *Solange I*, 29 mai 1974, *BverfGE* 37, 271; *Solange II*, 22 octobre 1986, *BverfGE* 73, 339.

communautaires «aussi longtemps» («*solange*» en allemand) qu'une protection équivalente — mais pas nécessairement identique — de ces droits n'était pas assurée dans l'ordre juridique communautaire⁹³⁴. Les juges allemands avaient accepté que le droit européen trouve application tout en déclarant conserver en pratique la possibilité de se référer à certaines dispositions du droit allemand en cas de conflit.

Dans le cadre des affaires *Solange*, la juridiction s'était considérée compétente pour contrôler la légalité des actes communautaires concernés dans le premier arrêt dit *Solange I* datant de 1974, mais non dans l'arrêt dit *Solange II* rendu en 1986, cela étant dû au renforcement du respect de la règle de droit et des droits fondamentaux par les organes communautaires⁹³⁵.

Il a pu être considéré, notamment eu égard à la jurisprudence *Solange*, que la CEDH avait été trop laxiste dans son attitude de déférence à l'endroit du système communautaire de protection des droits fondamentaux. En opérant une appréciation par pesée d'intérêts entre la protection des droits de l'homme et les avantages de la coopération internationale⁹³⁶, la Cour ne se serait pas montrée suffisamment exigeante dans son appréciation de la protection des droits fondamentaux en droit communautaire⁹³⁷.

934. Voir E. R. Lanier, «Solange, Farewell: The Federal German Constitutional Court and the Recognition of the Court of Justice of the European Communities as Lawful Judge», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 11, 1988, pp. 1 ss.

935. *Ibid.*, pp. 21 ss.

936. Voir les observations de B. Conforti, «Le principe d'équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», dans M. Breitenmoser, *et al.* (dir. publ.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law/Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat/Droits de l'homme, démocratie et état de droit, Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, Nomos, 2007, pp. 173-182.

937. A. Ciampi, «L'Union européenne et le respect des droits de l'homme dans la mise en œuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l'homme», *RGDIP*, t. 110, 2006, pp. 85-114, p. 92; G. Gaja, «The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law: «Solange» Yet Again?», dans P.-M. Dupuy, *et al.* (dir. publ.), *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat/ Common Values in International Law. Essays, in Honour of Christian Tomuschat*, Berlin, Nomos, 2006, pp. 517-526, p. 522; la critique de C. Costello, *op. cit.*, *passim* et p. 103, est plus réservée. Il a été suggéré que le test *Bosphorus* de la CEDH signifie que l'évaluation de la situation pour créer la présomption d'équivalence est faite *in abstracto* (et non pas cas par cas) et que la CEDH se satisfait d'une équivalence générale; voir l'opinion concordante commune de certains juges de la CEDH en cette affaire:

«Si la Cour devait abandonner au système juridictionnel communautaire

S'agissant de l'articulation des relations entre le Conseil de sécurité et la Convention européenne des droits de l'homme, l'apport de l'affaire *Bosphorus* n'est pas des plus clairs. L'existence du règlement communautaire a joué le rôle d'échappatoire afin que la Cour n'ait pas à se prononcer sur l'effet juridique de la résolution du Conseil de sécurité vis-à-vis de la protection des droits de l'homme dans le cadre de la *Convention européenne*⁹³⁸. Il a toutefois été suggéré que la CEDH n'avait pas écarté en cette affaire la possibilité d'un contrôle de la légalité des résolutions du Conseil de sécurité au regard de la Convention⁹³⁹.

En l'affaire *Kadi*, le Tribunal de première instance des Communautés européennes ne s'est pas aventuré sur la voie de la déférence conditionnée au travers d'une appréciation de l'équivalence en termes de protection. Il a interprété de manière univoque la relation entre le droit communautaire et le droit de la Charte, considérant que la primauté dont bénéficient les obligations au titre des articles 25 et 103 de la Charte lui interdisait un quelconque contrôle, hors les cas de violations du *jus cogens*. Un raisonnement s'apparentant à celui mené en l'affaire *Bosphorus* aurait pu le conduire à ne pas recourir à l'argument du *jus cogens*. Il aurait pu faire valoir le nécessaire respect des droits garantis par l'ordre communautaire dont la protection pour certains d'entre eux serait «entachée d'une insuffisance manifeste» car le système onusien ne fournissait pas de garanties suffi-

le soin d'assurer une «protection équivalente», sans se réserver le moyen de vérifier au cas par cas si cette protection est effectivement «équivalente», elle consentirait tacitement au remplacement, dans le domaine du droit communautaire, du standard conventionnel par un standard communautaire, lequel pourrait, certes, s'inspirer du standard conventionnel mais son équivalence avec celui-ci ne ferait alors plus l'objet d'un contrôle automatisé» (arrêt *Bosphorus CEDH*, *op. cit.*, opinion concordante commune à M. Rozakis, M^{me} Tulkens, M. Traja, M^{me} Botoucharova, M. Zagrebelsky et M. Garlicki, par. 3).

En revanche, dans l'affaire *Waite et Kennedy*, *op. cit.*, par. 64, la Cour a construit le test de protection équivalente sur la base du concept de limitation aux droits fondamentaux en question, proportionnée au but poursuivi; il s'agit là d'une interprétation plus rigoureuse du test de la protection équivalente.

938. Voir M. Milanović, «Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20, 2009, pp. 69-131, p. 123; C. Eches, «Does the European Court of Human Rights Provide Protection from the European Community? — The Case of *Bosphorus Airways*», *European Public Law*, vol. 13, 2007, pp. 47 ss., p. 61.

939. *Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Cour de justice des Communautés européennes, affaire C-402/05 P, conclusions de l'avocat général, M. M. Poiares Maduro, présentées le 16 janvier 2008 (ci-après: «*Kadi*, conclusions de l'avocat général»), par. 36.

santes⁹⁴⁰, et cela même si cette attitude allait à l'encontre de «l'intérêt de la coopération internationale»⁹⁴¹.

2. Une approche de subordination inconditionnée : l'affaire Behrami et Saramati

L'affaire *Behrami et Saramati* devant la CEDH constituait alors une belle opportunité pour faire application d'une approche de déférence conditionnée vis-à-vis de l'ordre onusien, puisque le différend en question avait trait aux effets des mesures du Conseil de sécurité mises en œuvre par des Etats, sans médiation par des actes communautaires comme cela avait été le cas en l'affaire *Bosphorus*. La Cour n'a néanmoins pas suivi la voie de la déférence.

Après avoir écarté l'argument des requérants selon lequel les actes en l'espèce étaient imputables aux Etats défendeurs, considérant que les actes étaient «en principe, attribuables à l'ONU»⁹⁴², la CEDH a abordé le deuxième argument des requérants, lequel avait trait au dit test *Bosphorus* relatif à la doctrine de protection équivalente⁹⁴³.

Le propos qui lui était soumis était le suivant : puisque l'affaire

940. Arrêt *Bosphorus CEDH*, *op. cit.*, par. 156.

941. *Ibid.*, par. 155.

942. *Behrami c. France, Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, CEDH, requêtes n^{os} 71412/01, 78166/01, jugement du 2 mai 2007 (ci-après : «*Behrami et Saramati*»), par. 144. On rappellera que l'affaire *Behrami et Saramati* portait sur une série de mesures adoptées dans le cadre de l'administration internationale au Kosovo établie en vertu de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité. Il s'agissait d'actes liés aux activités de la Mission intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) pour le cas de la famille Behrami et de la Force de maintien de la paix dirigée par l'OTAN au Kosovo (KFOR) pour le cas de M. Saramati (voir *supra*, pp. 320-322).

943. Sur cet aspect de l'affaire, voir particulièrement, M. Milanović, «Norm Conflict...», *op. cit.*, *passim*; G. de Búrca, «The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*», *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, pp. 1-49; P. de Sena et M. C. Vitucci, «The European Courts and the Security Council: Between *Dédoublement Fonctionnel* and Balancing of Values», *EJIL*, vol. 20, 2009, pp. 193-228; G. Verdirame, «Breaches of the European Convention on Human Rights Resulting from the Conduct of International Organisations», *European Human Rights Law Review*, vol. 14, 2008, pp. 209-213; G. Gaja, «Comment: The Impact of Security Council Resolutions on State Responsibility», dans G. Nolte (dir. publ.), *Peace through International Law*, Berlin, Springer, 2009, pp. 53-60; H. P. Aust, «Between Self-Assertion and Deference: European Courts and Their Assessment of UN Security Council Resolutions», *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 8, 2008, pp. 51-77; F. Naert, «Accountability for Violations of Human Rights by EU Forces», dans S. Blockmans (dir. publ.), *The European Union and Crisis Management*, *op. cit.*, pp. 375-393.

concerne l'exercice par l'ONU de pouvoirs transférés à celle-ci par les Etats membres de l'ONU (dont certains étaient parties à la Convention européenne), il devait être considéré que le test de la protection équivalente était applicable. Les requérants alléguaient que le système onusien ne garantit pas une protection des droits de l'homme équivalente au régime de la Convention. De ce fait la présomption de respect de la Convention par les Etats défendeurs devait être renversée. Les Etats étaient alors responsables s'ils ne pouvaient pas démontrer l'existence d'une protection équivalente⁹⁴⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas laissée convaincre par cette argumentation. Elle a observé que dans l'affaire *Bosphorus*

«la mesure en cause avait été mise en œuvre par les autorités de l'Etat défendeur, sur son territoire national, à la suite d'une décision d'un ministre de cet Etat»,

alors que cela n'était pas le cas dans l'affaire *Behrami et Saramati*⁹⁴⁵. Elle a précisé que

«les actions et omissions litigieuses de la KFOR et de la MINUK ne sauraient être imputées aux Etats défendeurs et, du reste, ne sont pas survenues sur le territoire de ceux-ci ni ne découlent de décisions prises par leurs autorités»⁹⁴⁶.

Afin de distinguer les deux affaires, la CEDH invoque tout d'abord la dimension territoriale du test de protection équivalente : puisque les actes en cause dans l'affaire *Behrami et Saramati* ne se sont pas produits sur le territoire des Etats défendeurs comme ce fut le cas de l'Irlande dans l'affaire *Bosphorus*, le test est alors inapplicable⁹⁴⁷. Il n'existe pourtant aucune indication dans la décision *Bosphorus* sur le fait que le test de protection équivalente doit avoir

944. *Behrami et Saramati*, *op. cit.*, par. 150.

945. Voir *ibid.*, par. 151, qui fait référence au paragraphe 137 de l'arrêt *Bosphorus CEDH*, *op. cit.*

946. *Behrami et Saramati*, *op. cit.*, par. 151.

947. Pour cet argument, voir W. K. Watson, «*Behrami v. France: Constructive Blue Helmets Protect KFOR Nations from Accountability*», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 16, 2008, pp. 575-590, p. 589; A. Ciampi, «*The Potentially Competing Jurisdiction of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*», dans M. Cremona, *et al.* (dir. publ.), *Challenging the EU Counter-terrorism Measures through the Courts*, EUI Working Paper AEL 2009/10, pp. 123-129, p. 127; voir aussi l'importance limitée de cet argument pour G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, *op. cit.*, p. 795.

un caractère strictement territorial⁹⁴⁸. Comme il l'a été observé, la juridiction de la CEDH peut avoir une dimension extraterritoriale⁹⁴⁹. Une référence à l'espace juridique dans lequel l'acte en question devrait avoir eu lieu consacrerait une image territoriale trop rigide du système régional de protection des droits de l'homme.

La référence par la Cour à l'absence d'actes de mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité par des Etats défendeurs conduit à une deuxième observation concernant le champ d'application du test *Bosphorus*. La question qui se pose est celle de savoir si le test d'équivalence est seulement applicable lorsqu'il y a des actes nationaux (et régionaux) de mise en œuvre ou s'il est également applicable quand les mesures des organisations internationales en question ne requièrent pas l'adoption de tels actes. La CEDH, conformément à sa jurisprudence sur ce point⁹⁵⁰, semble suggérer dans l'affaire *Behrami et Saramati* que le test *Bosphorus* est inapplicable lorsqu'il n'existe pas d'acte national de mise en œuvre⁹⁵¹.

L'argument selon lequel les actes en cause ne sont pas imputables aux Etats défendeurs n'est pas non plus convaincant⁹⁵². Tout d'abord, dans le contexte de l'affaire *Behrami et Saramati*, cela revient à considérer qu'une série d'actes qui sont en réalité des actes nationaux ou des actes d'organisations régionales sont traités par la Cour comme des actes de l'ONU. Cela empêche par ricochet la reconnaissance de la responsabilité des Etats en vertu de l'applica-

948. G. de Búrca, *op. cit.*, p. 16.

949. A. Sari, *op. cit.*, p. 168; G. Verdirame, *op. cit.*, pp. 212-213; U. Häussler, *op. cit.*, pp. 243-244; G. Gaja, «Responsabilité des Etats et/ou des organisations internationales en cas de violations des droits de l'homme: la question de l'attribution», dans SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 101:

«Le fait qu'un comportement ait été tenu sur le territoire de l'Etat défendeur ne semble pas pertinent quant à l'attribution; c'est une question qui pourrait venir en relief seulement sous l'aspect de la «juridiction *ratione loci*», qui n'a pas été examinée dans la décision en cause.»

950. Voir, par exemple, *CFTD c. Communautés européennes et ses Etats membres*, requête 8030/78, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 10 juillet 1978, *Décision et rapports*, vol. 13, pp. 231 ss.

951. C'est également la conclusion de A. Ciampi, «L'Union...», *op. cit.*, p. 88; Ph. Aust, *op. cit.*, p. 72; F. Hoffmeister, «Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirket v. Ireland», *AJIL*, vol. 100, 2006, pp. 442-449, p. 448. *Contra*, T. Lock, «The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two Courts», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009, pp. 375-398, p. 379; et C. Costello, *op. cit.*, p. 107 (mais voir aussi p. 125).

952. Cet argument est invoqué par l'avocat général de la CJCE, Poiares Maduro, dans ses conclusions en l'affaire *Kadi* pour distinguer les deux affaires; voir *Kadi*, conclusions de l'avocat général, *op. cit.*, par. 36 (note de bas de page 42).

tion de la doctrine de protection équivalente. L'argument de l'imputation à l'ONU fonctionne en quelque sorte comme un argument «circulaire»⁹⁵³ qui permet d'échapper à toute question d'attribution de la responsabilité aux Etats.

En second lieu, même si les actes n'étaient pas attribuables à l'Etat, certains auteurs ont avancé l'idée selon laquelle l'élément d'attribution ne constitue pas une condition préalable pour l'application du test de la protection équivalente. Ce dernier porte sur l'engagement de la responsabilité d'un Etat qui a transféré des pouvoirs à une organisation internationale sans s'assurer qu'une protection semblable des droits fondamentaux au sein de cette organisation soit garantie. Le test n'exige pas que les actes illicites doivent nécessairement être imputés à cet Etat⁹⁵⁴.

Enfin, même si les deux précédentes objections au raisonnement de la CEDH ne peuvent pas être suivies, cela n'empêche pas que certaines actions en cause en l'affaire ne pouvaient qu'être imputées aux Etats défendeurs. Il s'agit, en l'espèce, du vote affirmatif des

953. Voir L.-A. Sicilianos, «L'(ir)responsabilité des forces multinationales?», dans L. Boisson de Chazournes et M. G. Kohen (dir. publ.), *International Law and the Quest for its Implementation/Le droit international et la quête de sa mise en œuvre — Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 95-125, p. 119, qui observe qu'il s'agit «d'une argumentation pour ainsi dire circulaire, dominée en réalité par la question de l'attribution».

954. Voir L.-A. Sicilianos, *op. cit.*, p. 115, qui soutient que :

«[A] partir du moment où la Cour a décidé que tous les faits litigieux dans les affaires *Behrami et Saramati* étaient attribuables à l'ONU et non pas aux Etats défendeurs, on pouvait s'attendre *a priori* à ce qu'elle applique ensuite cette jurisprudence bien établie [sur la protection équivalente] et qu'elle s'interroge sur le niveau de protection des droits de l'homme dans le contexte des opérations au Kosovo...»;

d'autres auteurs ne parlent pas non plus d'imputation aux Etats concernés dans leurs commentaires de l'affaire *Bosphorus*; voir H. Ascensio, «Le règlement des différends liés à la violation par les organisations internationales des normes relatives aux droits de l'homme», *La soumission...*, *op. cit.*, pp. 105-125, pp. 123-124, où il suggère que :

«[F]aute pour l'organisation d'établir une voie de recours adéquate au regard des prescriptions du droit international des droits de l'homme, il est tentant d'en tenir responsable l'Etat ou les Etats *les plus directement concernés* [pour le transfert des compétences à l'organisation sans s'assurer de l'existence de voies de recours adéquates et pour le déni de justice qui en résulte]» (l'italique est de nous).

Voir aussi L. Condorelli, «Conclusions générales», dans SFDI, *La soumission...*, *op. cit.*, pp. 127-142, p. 128, où il observe que :

«[I]l s'ensuit que l'éventuelle violation des droits de l'homme par les organisations internationales doit nécessairement mettre en cause, d'une manière ou d'une autre, la responsabilité internationale de l'Etat.»

Etats membres du Conseil de sécurité de la résolution 1244 (1999)⁹⁵⁵ et de leur décision de fournir des contingents à la KFOR⁹⁵⁶. De ce fait, le lien d'attribution prétendument requis par le test de protection équivalente est *ipso facto* établi. Ce dernier devrait donc trouver application.

La CEDH s'éloigne dans l'affaire *Behrami et Saramati* de sa jurisprudence sur ce point⁹⁵⁷. Elle suggère que de

«pareils actes ... sont primordiaux pour l'accomplissement effectif par le Conseil de sécurité du mandat qui lui est conféré par le chapitre VII, et donc pour la réalisation par l'ONU du but impératif de maintien de la paix et de la sécurité qui lui est assigné».

Ils ne peuvent pas, par conséquent, faire l'objet d'une évaluation dans le cadre du test de protection équivalente⁹⁵⁸.

La question de savoir si le test *Bosphorus* pourrait trouver application en cas d'existence d'une marge d'appréciation pour l'Etat qui met en œuvre l'acte d'une organisation régionale doit aussi être évoquée. Curieusement, la CEDH n'a pas traité de cet aspect en l'affaire *Behrami et Saramati*⁹⁵⁹. Il est très largement considéré que, dans l'affaire *Bosphorus*, l'Irlande ne bénéficiait d'aucune discrétion en transposant le règlement européen dans son ordre national et en saisissant l'aéronef⁹⁶⁰. La CEDH a pour sa part estimé que

955. Voir, en ce sens, les observations de I. Cameron, *op. cit.*, pp. 26 ss.

956. Voir, pour cet argument, de P. Sena et M. C. Vitucci, *op. cit.*, p. 218; H. Krieger, *op. cit.*, p. 175; G. Verdirame, *op. cit.*, p. 212; G. Gaja, «Responsabilité...», *op. cit.*, p. 101. La Cour elle-même parle des «actes des Etats défendeurs commis [par eux] au nom de l'ONU», *Behrami et Saramati, op. cit.*, par. 146.

957. Selon la jurisprudence de la CEDH les actes volontaires, comme l'adhésion à un protocole ou le vote affirmatif à la prise d'une décision institutionnelle de caractère intergouvernemental, constituent des actes auxquels l'Etat «a librement souscrit», *Matthews c. Royaume-Uni*, requête n° 24833/94, arrêt de la CEDH du 18 février 1999, par. 33; voir les observations de U. Häussler, *op. cit.*, p. 239. Mais voir aussi les observations dans un sens contraire de P. J. Kuijper et E. Paasivirta, *op. cit.*, pp. 128-130.

958. *Behrami et Saramati, op. cit.*, par. 149. Voir les observations critiques de A. Ciampi, «The Potentially...», *op. cit.*, p. 128.

959. Voir les observations de G. Gaja, «Responsabilité...», *op. cit.*, p. 102.

960. Voir A. Breitegger, *op. cit.*, pp. 161-162; T. Lock, *op. cit.*, pp. 277-279; A. Ciampi, «The Potentially...», *op. cit.*, p. 125; *contra*, L.-A. Sicilianos, *op. cit.*, pp. 118 et 125, qui se base sur l'observation de la CEDH dans l'affaire *Bosphorus*, selon laquelle:

«[L]'Etat n'en demeurerait pas moins entièrement responsable au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales» (arrêt *Bosphorus CEDH, op. cit.*, par. 157).

«l'atteinte litigieuse ne procédait pas de l'exercice par les autorités irlandaises d'un quelconque pouvoir d'appréciation, que ce soit au titre du droit communautaire ou au titre du droit irlandais, mais plutôt du respect par l'Etat irlandais de ses obligations juridiques résultant du droit communautaire et, en particulier, de l'article 8 du règlement (CEE) n° 990/93»⁹⁶¹;

elle a ainsi procédé à l'application de la doctrine de la protection équivalente. Cela signifie *a contrario* que, si l'Etat en question disposait d'une marge de discrétion, il aurait été responsable eu égard aux actes nationaux.

Or, dans l'affaire *Behrami et Saramati* la CEDH n'a pas considéré que cet aspect méritait un commentaire, et cela malgré le fait qu'en l'espèce le Conseil de sécurité n'avait pas adopté de décision mais avait donné une autorisation, laquelle laissait une marge conséquente d'appréciation aux Etats exécutants⁹⁶². Si l'Etat peut être tenu responsable dans un cas exceptionnel d'exécution sans marge de discrétion d'une décision obligatoire d'une organisation internationale, il devrait également être tenu responsable dans le cas où il dispose d'une marge d'appréciation quant à la mise en œuvre d'une autorisation⁹⁶³. Le silence de la CEDH sur ce point constitue là encore un signe qui va dans le sens d'une approche de subordination de l'ordre régional à l'endroit de l'Organisation universelle onusienne⁹⁶⁴.

961. Arrêt *Bosphorus CEDH*, *op. cit.*, par. 148.

962. A. Sari, *op. cit.*, p. 168; P. Palchetti, «Azioni di forze istituite o autorizzate delle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 90, 2007, pp. 681-704, p. 697; G. Gaja, «Responsabilité...», *op. cit.*, p. 102; H. Ascensio, *op. cit.*, p. 125; L.-A. Sicilianos, *op. cit.*, p. 118.

963. Sur cet aspect, voir R. Pavoni, «Freedom to Choose the Legal Means for Implementing UN Security Council Resolutions and the ECJ *Kadi* Judgment: A Misplaced Argument Hindering the Enforcement of International Law in the EC», dans M. Cremona, *et al.* (dir. publ.), *Challenging the EU Counter-terrorism Measures...*, *op. cit.*, pp. 31-38.

964. La question de la marge d'appréciation a été également traitée par le Tribunal de première instance; voir arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 214; B. Kunoy et A. Dawes, «Plate Tectonics in Luxembourg: The *ménage à trois* between EC Law, International Law and the European Convention on Human Rights Following the UN Sanctions Cases», *CML Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 73-104, pp. 89-92. Voir également les observations des juridictions nationales sur ce point, comme le Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Youssef Mustapha Nada c. Secrétariat d'Etat pour l'économie*, affaire n° 1A.45/2007, tribunal fédéral suisse, 14 novembre 2007, par. 5.5; voir, sur cette affaire, L. Caflisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 2007», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 18, 2008, pp. 467-472; H. Mock et A. Borghi, «Vers une sortie du labyrinthe des listes antiterroristes de l'ONU? L'affaire

La ligne d'argumentation de la CEDH dans l'affaire *Behrami et Saramati* quant à l'inapplicabilité du raisonnement *Bosphorus*⁹⁶⁵ est peu persuasive. La préférence est donnée à la résolution 1244 du Conseil de sécurité au détriment de «l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen»⁹⁶⁶. La Cour donne préséance aux valeurs de sécurité collective de l'ONU et l'explique ainsi :

«Les opérations mises en œuvre par les résolutions du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte de l'ONU sont fondamentales pour la mission de l'ONU consistant à préserver la paix et la sécurité internationales, et s'appuient, pour être effectives, sur les contributions des Etats membres. Par conséquent, la Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant de telles missions. Cela s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU dans ce domaine, voire, comme l'ont dit certaines des parties, dans la conduite efficace de pareilles opérations. Cela équivaldrait également à imposer des conditions à la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité qui n'étaient pas prévues par le texte de la résolution lui-même. Ce raisonnement s'applique ... [à tout les actes qui] sont primordiaux pour l'accomplissement effectif par le Conseil de sécurité du mandat qui lui est conféré par le chapitre VII, et donc pour la réalisation par l'ONU du but impératif de maintien de la paix et de la sécurité qui lui est assigné.»⁹⁶⁷

Nada, en instance à Strasbourg, à la lumière de l'arrêt *Al Barakaat et Kadi* de la CJCE (3 septembre 2008)», dans *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Athènes, Ant. N. Sakkoulas, 2009, pp. 392-414.

965. Il aurait été facile pour la CEDH d'écarter l'applicabilité de la doctrine de protection équivalente en se référant au paragraphe 72 de l'affaire *Bosphorus*, où la Cour a limité les effets de son *ratio decidendi* (et ainsi de la doctrine précitée) aux seules «dispositions du droit communautaire du «premier pilier» de l'Union européenne». L'affaire *Behrami et Saramati* ne relevant pas de ce contexte, la doctrine serait inapplicable.

966. Voir *Loizidou c. Turquie (objections préliminaires)*, CEDH, requête n° 40/1993/435/514, série A n° 310, par. 75; arrêt *Bosphorus CEDH*, *op. cit.*, par. 156. Ces décisions conçoivent la Convention comme l'«instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme».

967. *Behrami et Saramati*, *op. cit.*, par. 149. Voir les observations de L. Burgorgue-Larsen, «Les Cours européenne et interaméricaine des droits de

Cette approche empêche tout contrôle par la CEDH de la résolution 1244, tant quant à son adoption qu'à ses effets. La force politique de la Charte prime⁹⁶⁸ et le caractère constitutionnel du système régional «disparaît». La résolution joue comme une barrière étanche⁹⁶⁹ à l'endroit du régionalisme et assied l'importance de l'universalisme dans le domaine de la paix et de la sécurité internationales⁹⁷⁰. Il y a une subordination aux valeurs de la Charte de l'ONU⁹⁷¹. La Cour parvient à cette conclusion par un raisonnement peu développé sur la question de la primauté juridique de la Charte vis-à-vis de la Convention européenne des droits de l'homme. Une référence est faite en passant aux articles 25 et 103 de la Charte de l'ONU⁹⁷² tout en précisant que

«la Convention doit s'interpréter à la lumière des règles pertinentes et des principes de droit international applicables aux relations entre ses Parties contractantes. La Cour a donc égard à deux dispositions complémentaires de la Charte de l'ONU, les articles 25 et 103, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour internationale de Justice.»⁹⁷³

Toutefois, la juridiction n'aborde pas la question de savoir si l'article 103 est applicable en l'espèce et quelles en seraient les conséquences juridiques vis-à-vis des obligations des États défendeurs découlant de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour évite ainsi de tirer du jeu des articles 25 et 103 la conclusion que le Tribunal de première instance avait envisagée dans l'affaire *Kadi* sur la primauté absolue des obligations onusiennes par rapport aux obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁷⁴.

l'homme et le «système onusien», dans E. Dubout et S. Touzé (dir. publ.), *Les droits fondamentaux ; charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 91-115, p. 114.

968. A. Ciampi, «L'Union...», *op. cit.*, p. 110; G. de Búrca, *op. cit.*, p. 28.

969. E. Dubout et S. Touzé, «La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques», dans E. Dubout et S. Touzé (dir. publ.), *op. cit.*, pp. 11-35, p. 30, parlent de «résolution écran».

970. A. Sari, *op. cit.*, p. 169.

971. G. de Búrca, *op. cit.*, p. 31; H. Kreiger, *op. cit.*, pp. 176-177.

972. M. Milanović, «Norm Conflict...», *op. cit.*, p. 84. La référence est si brève que quelques auteurs parlent d'une référence seulement implicite à l'article 103 de la Charte; voir H. Krieger, *op. cit.*, p. 177; A. Breitegger, *op. cit.*, p. 174. Mais voir Ph. Lagrange, «Responsabilité...», *op. cit.*, p. 105.

973. *Behrami et Saramati*, *op. cit.*, par. 147.

974. Voir arrêt *Kadi*, TPI, *op. cit.*, par. 183-184.

Le problème de l'applicabilité de l'article 103 en cas d'autorisation donnée par le Conseil de sécurité pouvait se poser. Certains auteurs ont suggéré que cet article n'est pas applicable car les autorisations n'ont pas un caractère contraignant⁹⁷⁵. Une grande majorité de la doctrine de même que la CDI considèrent, pour leur part, que l'article 103 est applicable en cas d'autorisation⁹⁷⁶. La Chambre des lords a également souscrit à cette position dans l'affaire *Al-Jedda* en observant que

«there is . . . a strong and . . . persuasive body of academic opinion which would treat article 103 as applicable where conduct is authorised by the Security Council as where it is required»⁹⁷⁷.

Toutefois, si l'article 103 est applicable lors d'une autorisation donnée par le Conseil de sécurité, cela ne signifie pas que tout acte conduit à la suite de cette autorisation est couvert par l'article 103 de la Charte⁹⁷⁸.

975. R. Bernhardt, «Article 103», dans B. Simma, *et al.* (dir. publ.), *The Charter of the United Nations...*, *op. cit.*, pp. 1292 ss., p. 1296; J. Combacau, *Le pouvoir de sanction de l'ONU*, Paris, Pedone, 1974, p. 284; A. Sari, *op. cit.*, p. 168; P. Palchetti, *op. cit.*, p. 697; L.-A. Sicilianos, *op. cit.*, p. 116; A. Toublanc, «L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies», *RGDIP*, t. 108, 2004, pp. 439-462, p. 445. Voir aussi G. Gaja, «Comment...», *op. cit.*, pp. 57-58, où il note que

«the fact that a certain conduct is recommended by a Security Council resolution under Chapter VII may provide a justification for non-compliance by a Member State of one of its obligations»,

sans néanmoins clarifier les effets juridiques de cette «justification».

976. Voir R. Kolb, «Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by the Security Council», *ZaöRV*, vol. 64, 2004, pp. 21-35, pp. 25-26; R. Liivoja, «The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter», *ICLQ*, vol. 57, 2008, pp. 583-612, pp. 587-589; V. Gowlland-Debbas, «The Limits...», *op. cit.*, p. 371; D. Sarooshi, *The United Nations...*, *op. cit.*, p. 151; J. A. Frowein et N. Krisch, «Article 42», dans B. Simma, *et al.* (dir. publ.), *op. cit.*, p. 729; *Annuaire de la CDI*, 1979, vol. II/2, p. 132, par. 14, où la CDI considère que :

«une telle conclusion [concernant l'effet juridique de l'article 103] semble s'imposer, d'ailleurs, aussi bien dans les cas où la décision de l'Organisation autorisant l'application d'une mesure de sanction, valablement prise, est obligatoire pour les Etats membres que dans les cas où l'adoption de ces mesures est simplement *recommandée*» (l'italique est de nous).

Ce point de vue est également partagé par A. Ciampi, «L'Union...», *op. cit.*, p. 110, et M. Milanović, «Norm Conflict...», *op. cit.*, p. 78, même si ce dernier se demande comment l'article 103 peut être appliqué dans le cas de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité, dont les termes sont très vagues.

977. *Al-Jedda*, *op. cit.*, par. 33.

978. Voir les observations de G. Gaja, «Comment...», *ibid.*, p. 58, où il note concernant la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité que

Il a également été suggéré que la CEDH, en s'abstenant de traiter de manière détaillée de l'application de l'article 103, a essayé de contourner la question d'une subordination juridique inconditionnée à la Charte de l'ONU⁹⁷⁹. Pourtant, même une référence hâtive à l'article 103 suffit à installer le principe d'une hiérarchie normative entre la Charte et la Convention⁹⁸⁰.

L'affaire *Behrami et Saramati* est illustrative d'une situation de subordination d'un ordre régional à l'endroit du système universel. Cette subordination inconditionnée comporte le risque de trop simplifier les relations entre le niveau universel et le niveau régional et de trouver application aux dépens de l'indépendance et de l'autonomie dont les organisations régionales jouissent dans la mise en œuvre des mesures adoptées par une organisation universelle.

En l'affaire *Kadi*, l'avocat général et la Cour de justice des Communautés européennes ont préconisé une approche très différente.

C. Autonomie et approche constitutionnaliste dans le cadre des relations entre l'ONU et les organisations régionales : les conclusions de l'avocat général en l'affaire Kadi

L'affaire *Kadi* a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice des Communautés européennes⁹⁸¹. L'avocat général, M. Poiares

«this [derogation] could not be a blanket derogation applying to any action taken by a State in the course of an authorized mission, but would operate only in so far as the derogation in question was provided for, albeit implicitly, by the Security Council Resolution».

Voir également L.-A. Sicilianos, *op. cit.*, p. 117, qui souligne qu'en tout cas l'autorisation et l'article 103 ne couvrent que les actes autorisés et non les actes subéquemment adoptés dans le cadre de l'opération autorisée.

979. M. Milanović et T. Papić, *op. cit.*, p. 274.

980. B. Knoll, *op. cit.*, p. 445; F. Messineo, *op. cit.*, p. 48; arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 181 :

«Force est de constater que, du point de vue du droit international, les obligations des Etats membres de l'ONU au titre de la Charte des Nations Unies l'emportent incontestablement sur toute autre obligation de droit interne ou de droit international conventionnel, y compris, pour ceux d'entre eux qui sont membres du Conseil de l'Europe, sur leurs obligations au titre de la CEDH...» (l'italique est de nous);

Al-Jedda, *op. cit.*, par. 35 :

«Emphasis has often been laid on the special character of the European Convention as a human rights instrument. But the reference in article 103 to "any other international agreement" leaves no room for any excepted category.»

981. *Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Cour de justice des Communautés européennes, affaire C-402/05 P,

Maduro, présenta ses conclusions le 16 janvier 2008. Sa perspective de l'affaire était très différente de celle que le Tribunal de première instance avait formulée dans l'affaire *Kadi* et réitérée par la suite dans un certain nombre d'affaires ayant trait à des questions semblables⁹⁸².

S'appuyant sur la nature juridique particulière de l'ordre juridique communautaire, dite de nature «constitutionnaliste», et observant dans ce contexte que les obligations internationales doivent être prises en compte à l'aune de l'ordre juridique communautaire, il précise que

«le rapport entre droit international et ordre juridique communautaire est régi par cet ordre lui-même, le droit international ne peut interagir avec cet ordre juridique qu'aux seules condi-

requête (JO), JO, C 36, du 11 février 2006, p. 19. Pourvoi formé le 17 novembre 2005 par Yassin Abdullah Kadi contre l'arrêt rendu le 21 septembre 2005 par la deuxième chambre (formation élargie) du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*.

982. Les arrêts du Tribunal de première instance peuvent être sériés en deux groupes : d'une part les décisions ayant trait aux requêtes de personnes ou entités incluses dans les listes mises en place par le Conseil de sécurité et ses organes subsidiaires, d'autre part les arrêts ayant trait aux listes mises en place par les institutions européennes suite à une résolution du Conseil de sécurité imposant de manière générale l'adoption de sanctions. Suite à sa décision en l'affaire *Kadi*, le Tribunal a eu d'autres occasions de se prononcer sur des situations relevant du premier groupe, notamment dans les affaires : *Ayadi c. Conseil de l'Union européenne*, affaire n° T-253/02, arrêt du 12 juillet 2006 ; *Hassan c. Conseil et Commission de l'Union européenne*, affaire n° T-49/04, arrêt du 12 juillet 2006 ; *Minin c. Commission des Communautés européennes*, affaire n° T-362/04, arrêt du 31 janvier 2007. Quant aux affaires qui relèvent du deuxième groupe, on mentionnera notamment *OMPI (Organisation des modjahedines du peuple d'Iran) c. Conseil*, affaire n° T-228/02, arrêt du 12 décembre 2006 ; *Sison c. Conseil*, affaire n° T-47/03, arrêt du 11 juillet 2007 ; *Al-Aqsa c. Conseil*, affaire n° T-327/03, arrêt du 11 juillet 2007 ; *Kongra-Gel et al. c. Conseil*, affaire n° T/253/04, arrêt du 3 avril 2008 ; *El Morabit c. Conseil*, affaires jointes n° T-37/07 et T-323/07, arrêt du 2 septembre 2009.

Toutefois, la distinction établie par le Tribunal entre le régime des sanctions mis en œuvre par la résolution 1267 et celui mis en œuvre par la résolution 1363 semble être très nuancée, pour ne pas dire abandonnée, dans son arrêt *Yassin Abdullah Kadi c. Commission européenne*, affaire T-85/09, arrêt du 30 septembre 2010 (ci-après «arrêt *Kadi 2010*»). Dans cette décision, le Tribunal accepte, non sans quelque réticence, que le standard, l'étendue et l'intensité du contrôle judiciaire des actes communautaires mettant en œuvre le régime des sanctions établi par la résolution 1267 doivent être équivalents au contrôle judiciaire exercé dans le cas des actes communautaires mettant en application le régime des sanctions de la résolution 1363 (par. 123 et 139 ; mais voir aussi le paragraphe 187, où le Tribunal établit de nouveau une distinction entre les deux régimes mais à un autre niveau).

tions fixées par les principes constitutionnels de la Communauté»⁹⁸³.

L'avocat général considère de ce fait que le Tribunal de première instance était compétent pour exercer un contrôle de légalité du règlement communautaire en cause à la lumière des droits fondamentaux, ceux-ci relevant des principes généraux du droit qui sont une source du droit communautaire.

La relation proposée entre l'ordre juridique communautaire et le système de la Charte des Nations Unies est celle d'une autonomie relative du premier par rapport au second, en ce sens que, dans la «sphère de compétence» de l'ordre communautaire, le droit international y est reçu et son respect doit se conformer aux exigences posées par le premier. L'une des exigences a trait au respect des valeurs sur lesquelles repose l'édification de l'ordre juridique communautaire. Ce respect doit se réaliser quitte à

«annuler des mesures adoptées par les institutions communautaires, même lorsque ces mesures reflètent les souhaits du Conseil de sécurité»⁹⁸⁴.

L'avocat général se prononce alors en faveur de la possibilité d'un contrôle des sanctions édictées par le Conseil de sécurité et telles que transcrites en droit communautaire, eu égard à leur portée. Si elles étaient «disproportionnées, voire même mal orientées, tout en restant pourtant en vigueur indéfiniment», cela constituerait «un anathème dans une société qui respecte la prééminence du droit»⁹⁸⁵. Il s'agit en quelque sorte d'un contrôle de légalité au regard de l'ordre juridique de réception. Cette vision fait place aux particularismes de l'ordre qui reçoit les obligations internationales. En l'espèce, l'une des caractéristiques de l'ordre communautaire a trait au respect de garanties fondamentales et c'est sur la base de celles-ci que le contrôle doit s'exercer. Dans le cadre de ce raisonnement, il ressort que ce qui importe est que toutes les garanties fondamentales de l'ordre juridique communautaire soient respectées sur le territoire communautaire. C'est exclusivement en termes de droit communautaire que le raisonnement est conduit.

983. *Kadi*, conclusions de l'avocat général, *op. cit.*, par. 24 (l'italique est de nous).

984. *Ibid.*, par. 44 (l'italique est de nous).

985. *Ibid.*, par. 53 (l'italique est de nous).

Dans le cadre du raisonnement de l'avocat général, il n'est pas question de l'invocation du respect de normes de *jus cogens* dont le respect s'imposerait à tous les membres de la société internationale, mais de l'invocation des spécificités d'un système juridique particulier. Les rapports entre systèmes peuvent varier tant du fait des conditions d'application des mesures de sécurité collective que du fait des normes de référence en matière de contrôle de légalité.

Selon le modèle de relation proposé par l'avocat général, le contrôle d'une mesure prise à l'échelon régional serait toujours possible et devrait se faire afin de préserver l'intégrité de l'ordre en question.

Une telle démarche repose sur le présupposé qu'une résolution du Conseil de sécurité et l'acte communautaire lui donnant application sont deux actes distincts appartenant à deux ordres juridiques distincts qui, tout en entretenant des liens, demeurent séparés l'un de l'autre. De ce fait, le contrôle du seul acte communautaire ne toucherait nullement la question de la légalité de la résolution du Conseil de sécurité en question.

Certes, prenant en compte les liens de l'ordre communautaire avec le droit international, l'avocat général n'écarte pas le fait qu'un contrôle exercé par la Cour de justice des Communautés européennes puisse être sanctionné au plan international par une mise en cause de la responsabilité des Etats membres de l'organisation européenne :

« En outre, les effets juridiques d'un arrêt de la Cour demeurent limités à l'ordre juridique interne de la Communauté. Dans la mesure où un tel arrêt empêcherait la Communauté et ses membres de mettre en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité, les conséquences juridiques dans l'ordre juridique international continuent d'être déterminées par les règles du droit international. S'il est exact que les restrictions imposées par les principes généraux du droit communautaire aux actions des institutions peuvent gêner la Communauté et ses Etats membres dans leurs négociations internationales, ces principes sont appliqués par la Cour sans préjudice de l'application des règles internationales sur la responsabilité étatique ou de la règle prévue à l'article 103 de la Charte des Nations Unies. L'assertion du Conseil selon laquelle, en contrôlant le règlement attaqué, la Cour exercerait une compétence allant au-delà

des limites de l'ordre juridique communautaire, est donc erronée.»⁹⁸⁶

Au nom de la préservation des valeurs en une région régie par un ordre juridique particulier, le contrôle du respect des obligations de droit international et les conséquences de leur violation sont laissés à des mécanismes de type universel. Garantir le respect des droits fondamentaux dans un ordre juridique donné au risque d'engager la responsabilité internationale des Etats concernés consiste à délier les ordres juridiques en question, tout en admettant qu'il puisse y avoir des conséquences juridiques qui s'ensuivent. La mise en cause de la responsabilité de membres européens du Conseil de sécurité, qu'ils soient des membres permanents ou non permanents, apparaît toutefois très aléatoire. On peut également s'interroger sur la forme que revêtirait la réparation.

Ce point de vue exprimé sous forme de vibrant plaidoyer pour la protection d'un espace régional régi par le respect de la règle de droit renferme les ferments d'une application écartelée, sinon fragmentée, des obligations internationales qui découlent du système de sécurité collective de la Charte des Nations Unies. Le caractère universel de ce système n'est pas pris en compte, notamment la responsabilité principale du Conseil de sécurité en vertu de l'article 24 de la Charte d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Accepter que les conditions d'exercice des sanctions du Conseil de sécurité soient susceptibles d'un contrôle au nom des particularismes du droit applicable en un espace donné pourra faire des émules. Les paramètres de légalité pourraient varier d'une région à une autre.

Ce genre de relations qui prévaudrait entre l'Organisation universelle et les organisations régionales est fondé sur une logique d'autonomie pour préserver l'ordre juridique des secondes. Il renferme en lui les ingrédients d'un affaiblissement des mesures de sécurité collective adoptées dans le cadre de la Charte, les membres d'une organisation régionale étant susceptibles de se trouver en situation de ne pas pouvoir appliquer les décisions du Conseil de sécurité; et s'ils les appliquaient d'encourir une réaction du système régional.

986. *Kadi*, conclusions de l'avocat général, *op. cit.*, par. 39.

*D. A propos d'une approche d'autonomie mâtinée de «réalisme» :
la décision de la CJCE en l'affaire Kadi*

La Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt rendu le 3 septembre 2008⁹⁸⁷ décida de l'annulation du règlement communautaire n° 881/2002 du 27 mai 2002, pour autant qu'il concernait M. Kadi et Al Barakaat International Foundation, du fait du non-respect en droit communautaire de certains droits fondamentaux⁹⁸⁸ : le droit de propriété, le droit d'être entendu et le droit à un recours juridictionnel effectif n'avaient pas été respectés.

Les conditions d'annulation du règlement ressortissent à une logique contextuelle, qui met en exergue un autre visage des relations entre l'ordre onusien et l'ordre européen. L'arrêt de la Cour s'inscrit dans un modèle de relations particulier, mêlant «autonomie et approche constitutionnaliste» et une attitude mâtinée de réalisme. L'organe judiciaire remarqua tout d'abord que :

«il y a lieu de rappeler que la Communauté est une communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE et que ce dernier a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions (arrêt du 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement*, 294/83, *Rec.*, p. 1339, point 23)»⁹⁸⁹,

et continua en notant que :

«Il découle de l'ensemble de ces éléments que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les

987. *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission européenne*, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, arrêt du 3 septembre 2008, *Recueil* (2008), p. I-6351 (ci-après, «arrêt *Kadi CJCE*»).

988. La Cour s'est prononcée de manière similaire dans les affaires jointes *Faraj Hassan c. Conseil de l'Union européenne et Commission européenne* et *Chafiq Ayadi c. Conseil de l'Union européenne*, affaires jointes C-399/06 P et C-403/06 P, arrêt du 3 décembre 2009. L'annulation du règlement litigieux, à savoir le règlement 881/2002, a aussi été décidée par le Tribunal de première instance dans l'affaire *Omar Mohammed Othman c. Conseil et Commission*, affaire n° T-318/01, arrêt du 11 juin 2009.

989. Voir arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 281-284 et 316.

actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre du système complet de voies de recours qu'établit ce traité.»⁹⁹⁰

La Cour adopte une approche d'autonomie, motivée par la prise en compte de la spécificité de ses compétences juridictionnelles et par le fait que le contrôle de légalité exercé par le juge communautaire porte sur l'acte communautaire visant à mettre en œuvre l'accord international en cause, et non sur ce dernier en tant que tel⁹⁹¹. De plus, la Cour précise les limites de sa compétence, en soulignant que :

«il n'incombe donc pas au juge communautaire, dans le cadre de la compétence exclusive que prévoit l'article 220 CE, de contrôler la légalité d'une telle résolution adoptée par cet organe international, ce contrôle fût-il limité à l'examen de la compatibilité de cette résolution avec le *jus cogens*»⁹⁹².

Ce passage marque un éloignement d'avec la position adoptée par le Tribunal de première instance en l'affaire *Kadi* au regard du *jus cogens*.

La juridiction communautaire n'oublie pas pour autant que

«le fait que ... la Communauté est tenue de prendre, dans le cadre du traité CE, les mesures qu'impose cet acte, cette obligation implique, lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, que, lors de l'élaboration de ces

990. Voir arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 285.

991. *Ibid.*, par. 286. Cette approche rappelle l'attitude qui s'apparente à celle de la CEDH dans son arrêt *Bosphorus CEDH*, *op. cit.*, par. 143, où l'existence d'un acte communautaire de mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité joue comme un moyen invoqué pour ne pas contrôler la résolution du Conseil de sécurité.

Il est à souligner que le Tribunal de première instance, dans son arrêt *Kadi 2010*, prend en compte de manière conséquente les critiques formulées contre la prétention de la CJCE dans son arrêt *Kadi* selon lesquelles le contrôle judiciaire de l'acte communautaire ne constitue pas un contrôle de la résolution du Conseil de sécurité et ne prend pas position, même de manière indirecte, sur le statut juridique de la résolution du Conseil de sécurité (*Kadi 2010*, par. 116-120). En fin de compte, néanmoins, même si le Tribunal « reconnaît que ces critiques ne sont pas dénuées de sérieux » (par. 121), il suit la logique d'autonomie et le raisonnement sur les rapports entre l'acte communautaire et les actes du Conseil de sécurité développés par la CJCE dans son arrêt *Kadi* rendu en 2008.

992. Arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 287.

mesures, la Communauté tienne dûment compte des termes et des objectifs de la résolution concernée ainsi que des obligations pertinentes découlant de la Charte des Nations Unies relatives à une telle mise en œuvre»⁹⁹³.

993. Arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 296. Voir aussi le paragraphe 293, dans lequel la Cour se réfère expressément au «respect des engagements pris dans le cadre des Nations Unies». La Cour semble accepter qu'il existe une obligation de suivre les résolutions du Conseil de sécurité, tout en suggérant que la Communauté est libre quant au choix du modèle pour la mise en œuvre de ces résolutions (*ibid.*, par. 293-298; voir les observations de E. Cannizaro, «Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights: Some Remarks on the ECJ Decision in the *Kadi Case*», dans M. Cremona, *et al.* (dir. publ.), *Challenging the EU Counterterrorism Measures...*, *op. cit.*, pp. 39-47, pp. 40-41). Ce raisonnement de la CJCE ne suit pas exactement la logique de la théorie de succession adoptée par le Tribunal de première instance (arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*, par. 203) pour justifier sa conclusion selon laquelle la Communauté était indirectement tenue par les résolutions du Conseil de sécurité (voir C. Tomuschat, «The *Kadi Case*: What Relationship between the Universal Legal Order and the EU Legal Order?», dans M. Cremona, *et al.* (dir. publ.), *ibid.*, pp. 11-18, p. 13). Par conséquent, les décisions *Kadi* soulèvent, bien que ce soit dans le contexte très particulier de l'ordre communautaire, la question de savoir si les résolutions du Conseil de sécurité adoptées en vertu du chapitre VII sont obligatoires non seulement pour les Etats membres de l'ONU (articles 25 et 103 de la Charte), mais également pour les organisations internationales. Il s'agit d'un problème qui a des conséquences sur la compréhension des relations entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine de la paix et de la sécurité. Trois approches peuvent être cernées. Selon une première approche, les organisations internationales ne sont pas tenues par les résolutions du Conseil de sécurité, la Charte des Nations Unies ne prévoyant rien sur les organisations internationales dans ses articles pertinents (art. 25 et 103); voir Ph. Aust, *op. cit.*, pp. 59-61. Selon une deuxième approche, s'appuyant sur la nature objective de la Charte, les articles 25 et 103 s'appliquent également aux organisations internationales, lesquelles sont alors directement obligées de respecter les résolutions du Conseil de sécurité; voir R. H. Lauwaars, «The Interrelationship between United Nations and the Law of Other International Organizations», *Michigan Law Review*, vol. 82, 1984, pp. 1604-1619, p. 1605; voir aussi R. Bernhardt, *op. cit.*, pp. 1294-1295, qui se base sur l'article 30, paragraphe 6, de la CVDT de 1986, selon lequel:

«[L]es paragraphes précédents sont sans préjudice du fait qu'en cas de conflit entre les obligations découlant de la Charte des Nations Unies et les obligations découlant d'un traité, les premières prévaudront.»

Toutefois, cette disposition n'a été adoptée dans cette forme non équivoque que lors de la Conférence pour l'adoption de la Convention de Vienne de 1986, son objet ayant été considéré très controversé par la CDI dans son projet d'articles; voir le paragraphe 1 du commentaire sur l'article 30 de son projet d'articles sur les traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, *Annuaire de la CDI*, 1977, vol. II/2, p. 122; F. Paolillo, «Article 30 — Convention de 1986», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, t. II, pp. 1285-1288, *passim*. Enfin, selon une troisième approche, les organisations internationales sont indirectement tenues de respecter les résolutions du Conseil de sécurité, soit à travers la théorie de la succession appliquée par le Tribunal de première instance en l'affaire *Kadi* (voir C. Tomuschat, «Case T-306/01...», *op. cit.*, p. 543), soit dans les cas où le

Mais elle ajoute que

« la Charte des Nations Unies laisse en principe aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions »⁹⁹⁴.

Le recours à cet argument s'appuyant sur la Charte sert à renforcer la thèse de l'autonomie. Il repose sur une justification tirée du droit international pour affirmer l'exercice d'un contrôle juridictionnel par rapport au seul acte communautaire. Il s'agit d'une démarche stratégique, qui pour certains n'est pas cependant suffisante pour justifier la décision de la Cour relative à l'annulation du règlement litigieux⁹⁹⁵.

Ce raisonnement permet d'écarter la thèse soutenue par le Tribunal de première instance quant à l'unité entre une résolution du Conseil de sécurité et un acte communautaire consacré à sa mise en œuvre. De plus, la Cour se met dans une position qui lui permet de contourner la question de la portée juridique de la Charte des Nations Unies dans l'ordre communautaire. Elle précise, en effet, que

« les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations Unies n'impliquent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies »⁹⁹⁶.

Dit autrement, nul effet de primauté n'est conféré aux actes communautaires par une règle quelconque de droit international. Le droit communautaire n'impose pas non plus à la Cour de s'abstenir de tout contrôle de la mesure litigieuse, car la hiérarchie normative interne à l'ordre communautaire ne saurait

« permettre la remise en cause des principes qui relèvent des

Conseil de sécurité s'adresse explicitement dans ses résolutions aux organisations internationales; voir, par exemple, les formules utilisées dans les résolutions du Conseil de sécurité 748 (1992), 31 mars 1992, et 1298 (2000), 17 mai 2000. Il est à souligner que la question de l'effet juridique des résolutions du Conseil de sécurité vis-à-vis des organisations internationales n'as pas été traitée dans les affaires *Bosphorus* et *Behrami et Saramati*.

994. Arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 297.

995. Voir notamment R. Pavoni, *op. cit.*, p. 36.

996. Arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 299.

fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire, parmi lesquels celui de la protection des droits fondamentaux, qui inclut le contrôle par le juge communautaire de la légalité des actes communautaires quant à leur conformité avec ces droits fondamentaux »⁹⁹⁷.

La Cour poursuit en se prononçant sur la licéité de la mesure au regard de la théorie des droits fondamentaux prévalant en droit communautaire. Ce choix, qui a comme conséquence d'écarter également toute analyse de la mesure communautaire au regard du droit international général, présente une faiblesse. D'une part, selon la jurisprudence établie de la Cour de justice, le droit international coutumier fait partie de l'ordre communautaire⁹⁹⁸; d'autre part, le droit international coutumier lie la Communauté en tant que sujet de droit international, ce qui peut entraîner la possibilité d'exercer un contrôle sur la base de ce *corpus juris*. En effet, au vu de son caractère général, le droit coutumier fournit une autre base pour fonder les relations entre une organisation universelle et une organisation régionale, les deux institutions étant liées par ce droit. La prise en compte du droit international coutumier aurait pu éviter, ou tout au moins nuancer, les critiques émises quant à un certain provincialisme de la juridiction communautaire en l'affaire *Kadi*⁹⁹⁹.

La Cour semble avoir décidé de se cloisonner dans le périmètre restreint du seul droit communautaire en invoquant des arguments d'autonomie tant d'un point de vue normatif qu'institutionnel. Certains passages de sa décision témoignent néanmoins d'une tentative d'établir un lien avec le Conseil de sécurité dans son action liée aux sanctions ciblées, faisant preuve en cela d'une certaine ouverture à l'endroit de l'organisation universelle.

Divers arguments liés à une possible attitude de déférence avaient été invoqués au cours de la procédure¹⁰⁰⁰. La Cour passe de ce fait en revue un certain nombre d'aménagements apportés par le Conseil de sécurité au régime des sanctions¹⁰⁰¹. Sa conclusion en est que ces derniers ne sauraient en aucun cas empêcher un contrôle juridic-

997. Arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 304.

998. Voir notamment l'arrêt *Racke, A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, affaire C-162/96, arrêt du 16 juin 1998. A ce propos voir aussi R. Pavoni, *op. cit.*, p. 34.

999. Voir notamment de G. Búrca, *op. cit.*, pp. 1-2.

1000. Arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 318-319.

1001. *Ibid.*, par. 321.

tionnel de sa part « dès lors que cette procédure de réexamen n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle »¹⁰⁰². En d'autres termes, si l'ordre universel n'est pas en mesure de garantir le respect des droits fondamentaux tels que protégés en droit communautaire, la Cour ne peut pas renoncer à exercer un contrôle juridictionnel. Cette attitude entraîne le risque du non-respect par les Etats membres de l'Union européenne d'une résolution adoptée en vertu du chapitre VII. A la différence des conclusions de l'avocat général en l'affaire *Kadi*, la Cour n'évoque pas ce problème explicitement, mais elle le fait d'une manière indirecte dans le dispositif de son arrêt. Au lieu de décréter l'annulation immédiate du règlement, la Cour fixe une échéance de trois mois aux instances communautaires afin de remédier aux violations des droits fondamentaux qui ont été évoquées. A cet égard elle précise que lorsqu'il aura été remédié aux violations concernant la procédure d'adoption des mesures restrictives, « il ne sera exclu que, sur le fond, l'imposition de telles mesures aux requérants puisse tout de même s'avérer justifiée »¹⁰⁰³. Une telle conclusion se fonde sur la reconnaissance de l'importance des considérations de sécurité collective et de lutte contre le terrorisme qui ont motivé l'adoption de la résolution du Conseil de sécurité.

Cette attitude mâtinée de réalisme ne va pas dans le sens d'une attitude de subordination car le raisonnement se fait sur la base d'un présupposé d'autonomie entre les deux ordres juridiques. On ne peut pas non plus parler de déférence telle que définie auparavant, car la Cour ne s'attache pas à évaluer la licéité des décisions adoptées au sein de l'ONU. Néanmoins, la Cour fait preuve d'une certaine ouverture (*comity*) lorsqu'elle prend en compte les nouvelles procé-

1002. Arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 322 (l'italique est de nous); arrêt *Kadi 2010*, *op. cit.*, par. 127.

1003. *Kadi*, par. 374. Il est à noter que d'autres juridictions ont clairement défié les appréciations factuelles du Conseil de sécurité quant à l'inclusion d'un individu sur les listes noires et l'imposition de mesures restrictives; voir, par exemple, *Nabil Sayadi et Patricia Vinck c. Belgique*, CCPR/C/94/D/1472/2006 (29 décembre 2008), et le commentaire de M. Milanović, «The Human Rights Committee's Views in *Sayadi v. Belgium*: A Missed Opportunity», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3, 2009, pp. 519-538, p. 532. En d'autres cas, les différentes procédures quant à l'application et l'étendue du régime des sanctions à un certain individu ont été contestées; voir *Aboufian Abdelrazik c. le Ministre des affaires étrangères et le Procureur général du Canada*, 4 juin 2009, 2009 CF 580, par. 167-168; A. Tzanakopoulos, «United Nations Sanctions in Domestic Courts. From Interpretation to Defiance in *Abdelrazik v. Canada*», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, pp. 249-267, p. 260-261.

dures d'inscription et de radiation de la liste consolidée mises en place par le Conseil de sécurité¹⁰⁰⁴. Constatant l'insuffisance manifeste de ces procédures, la Cour prend en considération en même temps l'objectif visé par le Conseil de sécurité dans son choix de recourir à des sanctions ciblées; elle ne remet pas en question la technique de la liste. Son attitude est semblable quand elle fixe une échéance de trois mois aux instances communautaires afin de remédier aux violations des droits fondamentaux, échéance après laquelle le règlement devra être annulé¹⁰⁰⁵.

La demande de correction de la procédure suivie intègre des considérations politiques. L'annulation ne se fera que si l'instance politique n'a pas modifié les conditions procédurales d'inscription sur la liste¹⁰⁰⁶.

Prises dans leur ensemble, ces considérations apparaissent comme une sorte d'ouverture concédée par la Cour de justice pour des raisons de réalisme politique. Cette approche est néanmoins encadrée de manière très stricte¹⁰⁰⁷. En agissant de la sorte, la Cour semble vouloir garder une porte ouverte pour revenir sur sa décision d'exercer un contrôle sur des mesures communautaires de mise en œuvre de résolutions du Conseil de sécurité si le niveau de protection garanti à l'échelon universel s'améliorait.

Faisant preuve de réalisme politique, la Cour ne va néanmoins pas

1004. Voir Conseil de sécurité, résolution 1730 (2006), 19 décembre 2006; résolution 1735 (2006), 22 décembre 2006; résolution 1822 (2008), 30 juin 2008. Voir également l'arrêt *Kadi 2010* du Tribunal de première instance, par. 127-128.

1005. Suite à la décision de la Cour, la Commission européenne a communiqué aux deux requérants les raisons données par le Comité des sanctions quant à leur inclusion dans la liste consolidée et leur a donné la possibilité de formuler des commentaires à cet égard. Après cela, la Commission a adopté un nouveau règlement prévoyant de nouveau l'inclusion des requérants dans la liste des personnes visées par les sanctions. Tant M. Kadi que la Foundation Al Barakaat ont introduit une nouvelle requête devant le Tribunal de première instance pour demander l'annulation du nouveau règlement (règlement EC n° 1190/2008, amendant pour la cent et unième fois le règlement 881/2002); voir *Foundation Al Barakaat c. Commission*, affaire T-45/09, pendante, et *Kadi c. Commission*, affaire T-85/09.

1006. L'adoption de la résolution 1904 (2009) du Conseil de sécurité, 19 décembre 2009, et la nomination d'un médiateur constituent des pas en ce sens.

1007. Par comparaison au test de protection équivalente opéré en l'affaire *Bosphorus*; voir arrêt *Bosphorus CEDH*, *op. cit.*, par. 155 ss., et *supra*, pp. 357-363. Dans cette optique, voir aussi K. Ziegler, «Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The *Kadi* Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 2, 2009, pp. 288-305; I. Canor, «“Constitutional Chauvinism”? The Arduous Declaration of Independence of the European Court of Justice», disponible sur <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/fellowship/enf0809canor.html>.

jusqu'à indiquer qu'elle pourrait concevoir ses relations avec l'organisation universelle en termes de déférence¹⁰⁰⁸, même si des germes d'une telle approche peuvent être décelés.

L'arrêt *Kadi* révèle des aspects de polysémie intéressants. En effet, si le contrôle de légalité du règlement se fait sur la base d'une approche tendant à l'autonomie, certains signes montrent néanmoins une attitude plus attentive, tout en étant conditionnée, envers l'ordre juridique universel, et plus particulièrement envers le Conseil de sécurité.

*E. Les propositions de la Commission du droit international
dans le cadre de son projet sur la responsabilité
des organisations internationales*

L'approche reposant sur la primauté normative de la Charte vis-à-vis des ordres juridiques régionaux, celle préconisant l'autonomie de ces derniers ou encore l'approche d'ouverture vis-à-vis de l'ordre onusien portent chacune en elle la question de la responsabilité des différentes organisations concernées.

La Commission du droit international prévoit dans les articles 14 et 16, paragraphes 1 et 3, de son projet sur la responsabilité des organisations internationales¹⁰⁰⁹ qu'une organisation qui donne à une

1008. Cette approche a toutefois pu être analysée par certains auteurs comme une attitude de déférence; voir L.-A. Sicilianos, *op. cit.*, p. 125.

1009. Voir *Rapport de la CDI à l'Assemblée générale pour l'année 2009, op. cit.* L'article 14 stipule que:

«une organisation internationale qui donne des directives ... à une autre organisation internationale et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par ... cette organisation est internationalement responsable de ce fait dans le cas où: a) ladite organisation agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et b) le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation».

L'article 16, paragraphes 1 et 3, prévoit que:

«une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si elle adopte une décision obligeant ... une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il avait été commis par elle et qui soustrairait à une obligation internationale ... [Cela s'applique] que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour ... l'organisation internationale membre à qui s'adresse la décision.»

La différence entre les deux dispositions semble être que l'article 16 requiert que l'organisation internationale à laquelle s'adresse la décision soit membre de l'organisation internationale qui prend la décision et que l'article 14 requiert que le fait sur lequel le contrôle est exercé soit internationalement illicite pour l'organisation internationale contrôlée, cette condition n'étant pas nécessaire pour l'article 16 (voir son paragraphe 3).

autre organisation internationale des directives relatives à une activité illicite ou qui exerce un contrôle dans la commission de cette dernière est responsable si certaines conditions sont réunies. Ce scénario inclut les cas de contrôle normatif¹⁰¹⁰, c'est-à-dire un contrôle au travers de l'adoption d'une décision que les autres organisations sont contraintes de mettre en œuvre¹⁰¹¹. Dans ces circonstances, il pourrait être conçu que l'ONU soit responsable, dans les conditions prévues aux articles précités, pour les actes entrepris par une autre organisation suite à une résolution contraignante de l'ONU qui ne laisse pas de place à une marge de discrétion de l'organisation contrôlée¹⁰¹².

En revanche, «si la décision laisse à ... l'organisation internationale membre suffisamment de latitude pour pouvoir adopter un comportement n'impliquant aucun contournement...», c'est l'article 16, paragraphe 2, qui est applicable¹⁰¹³. Cette disposition couvre tout acte non contraignant, qu'il s'agisse d'une autorisation ou d'une recommandation et requiert que le fait internationalement illicite soit commis «en raison de cette autorisation ou recommandation». Cette dernière condition entraîne que tous les actes faisant suite à une autorisation ne peuvent pas être automatiquement attribués à l'ONU¹⁰¹⁴. Seuls les actes illicites qui sont directement (même implicitement) autorisés par la résolution et mis en œuvre par une autre organisation internationale (ou par des Etats) membre de l'organisation qui donne l'autorisation sont couverts par cette disposition¹⁰¹⁵.

1010. P. J. Kuijper, «Introduction to the Symposium on Responsibility of International Organizations and of (Member) States», *International Organizations Law Review*, *op. cit.*, p. 18.

1011. *Troisième rapport sur la responsabilité des organisations internationales*, présenté par M. Giorgio Gaja, rapporteur spécial, doc. A/CN.4/553, 13 mai 2005, par. 35.

1012. Paragraphe 3 du commentaire de l'article 14 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, *Rapport de la CDI à l'Assemblée générale pour l'année 2009*, *op. cit.*, p. 88. Voir également les observations de P. J. Kuijper, «Introduction...», *op. cit.*, p. 16.

1013. Paragraphe 7 du commentaire de l'article 16 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, *Rapport de la CDI à l'Assemblée générale pour l'année 2009*, *ibid.*, p. 92.

1014. Voir les observations de L.-A. Sicilianos, *op. cit.*, p. 101 (note de bas de page 18).

1015. Paragraphe 11 du commentaire de l'article 16 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, *Rapport de la CDI à l'Assemblée générale pour l'année 2009*, *op. cit.*, p. 93. Voir aussi les observations du rapporteur général, *Troisième rapport sur la responsabilité des organisations internationales*, *op. cit.*, par. 30 :

«Si les Etats membres [*mutatis mutandis* les organisations régionales]

Cette distinction conduit à se demander dans quelles circonstances une organisation internationale pourra être considérée comme ayant été contrainte d'entreprendre une certaine action. Cette problématique se pose s'agissant d'une organisation régionale qui a agi en application d'une décision ou d'une autorisation du Conseil de sécurité.

Dans son projet, l'article 16, paragraphe 2, de la CDI ne couvre que les questions de responsabilité issues de situations dans lesquelles une organisation (régionale) est membre d'une autre organisation (universelle). Telle n'est pas la situation qui prévaut pour l'ONU.

La question de la responsabilité d'une organisation régionale non membre d'une autre organisation mettant en œuvre une résolution, qu'il s'agisse d'une décision ou d'une autorisation du Conseil de sécurité couverte par l'effet juridique de l'article 103, n'est pas traitée de manière précise dans le projet. Le commentaire de la CDI concernant l'effet juridique des résolutions du Conseil de sécurité adoptées dans le cadre des chapitres VII et VIII de la Charte est allusif. La CDI observe que

« même si la primauté des obligations en vertu de la Charte peut, pour les organisations internationales, reposer sur une base juridique différente de celle applicable aux Etats, la pratique montre que cette primauté existe à l'égard des organisations internationales »¹⁰¹⁶.

L'organe n'en détermine pas pour autant les conséquences en matière de responsabilité des organisations internationales. Il se peut néanmoins que la CDI considère, à l'instar de son rapporteur spécial sur ce sujet, que la question de l'attribution à une organisation régionale — contrainte ou autorisée à agir — d'un fait internationalement illicite et la question subséquente de sa responsabilité ne dépendent pas de l'existence d'une marge de discrétion de la part de cette orga-

jouissent d'un pouvoir discrétionnaire, de telle manière qu'ils peuvent appliquer la décision sans violer une obligation internationale, l'organisation ne peut être tenue pour responsable» (note de bas de page omise),

et par. 41 : « Si l'autorisation ou la recommandation est faite en vue de réaliser un des objectifs de l'organisation, celle-ci serait dans une certaine mesure impliquée. » Voir aussi G. Gaja, « Comment... », *op. cit.*, p. 58.

1016. Paragraphe 2 du commentaire de l'article 66 du projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, *Rapport de la CDI à l'Assemblée générale pour l'année 2009*, *op. cit.*, p. 183.

nisation¹⁰¹⁷. Cela entraînerait que l'organisation régionale soit responsable pour certains agissements, cela même si ceux-ci ne sont que des actes de mise en œuvre de décisions du Conseil de sécurité.

Si l'on compare l'attitude de la CEDH et celle de la CDI en ce qui concerne la répartition de la responsabilité entre organisations, des observations s'imposent. Le projet de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales confirme que l'approche de subordination de l'ordre institutionnel régional à l'endroit de l'organisation universelle prônée en l'affaire *Behrami et Saramati* (mais aussi dans un contexte particulier par le Tribunal de première instance en l'affaire *Kadi*) ne trouve pas un reflet dans les travaux de la codification. Les relations entre organisations internationales, universelles et régionales, sont complexes et demandent une approche plus précise des différents aspects de la question de la responsabilité. Il est vrai, toutefois, que la pratique en ce domaine est encore clairsemée. De ce fait, les nuances qui apparaissent dans le projet de la CDI ne sont peut-être que le résultat d'une conception de *lege ferenda* en ce domaine.

*F. De l'évitement à l'engagement : un dialogue politique
et juridique des institutions régionales avec l'ONU
sur la mise en œuvre des sanctions*

Malgré les divergences entre les approches de subordination et d'autonomie, il existe un point commun qui unit les décisions des différents organes juridictionnels qui ont été évoqués. Il a trait à leur attitude d'évitement des problèmes juridiques soulevés par les résolutions du Conseil de sécurité adoptées en vertu du chapitre VII. Que l'on pense à l'attitude de la CJCE et de son avocat général à présenter l'ordre communautaire comme un système juridique cloisonné ou que l'on se tourne vers l'approche de subordination (plus ou moins absolue) vis-à-vis de l'ordre onusien suivie par la CEDH et le Tribunal

1017. G. Gaja, «The Review...», *op. cit.*, p. 519; et *mutatis mutandis* G. Gaja, «Responsabilité...», *op. cit.*, p. 103 (mais voir aussi p. 102); *contra*, P. de Sena et M. C. Vitucci, *op. cit.*, p. 218; voir aussi le raisonnement de la CEDH dans l'affaire *Bosphorus*, ainsi que le raisonnement du Tribunal de première instance de la Communauté européenne dans les affaires T-184/95, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Conseil et Commission* [1998] ECR II-667, par. 73-74; arrêt *Kadi TPI*, *op. cit.*; T-228/02, *Organisation des modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil* [2006] ECR II-4665, par. 103, dans lesquelles l'existence ou non d'une marge de discrétion a été déterminante pour l'attribution des actes aux Etats défendeurs ou à l'organisation régionale autorisée.

de première instance par le moyen d'une hiérarchisation de valeurs et de normes, la conclusion est la même : il s'agit d'une série de techniques juridiques qui visent à éviter la mise en place d'un forum de dialogue et d'interaction entre l'ordre régional et l'ordre onusien¹⁰¹⁸. Il n'a pas été fait mention d'approches recherchant une cohérence systémique et la préservation d'un équilibre de valeurs indispensables au bon fonctionnement du système juridique international¹⁰¹⁹.

Comment peut-on expliquer cette approche d'évitement ? Est-ce le fait qu'il s'agit de juridictions régionales avec des compétences spécifiques ? Les problèmes concernant l'encadrement juridique du système de sécurité collective de la Charte ne peuvent se départir de réflexions sur la structuration de l'espace judiciaire international. Les juridictions européennes n'ont que des compétences limitées. Même si l'on conçoit que chacune puisse exercer un contrôle de légalité dans les limites de son champ de compétence, le problème à l'origine de contrôle ne pourra toutefois jamais être appréhendé en son entier.

Une explication basée sur le caractère régional et spécialisé des juridictions ne suffit toutefois pas. Et cela parce que la même attitude d'évitement se discerne dans la décision sur le fond du Comité des droits de l'homme rendue à la suite d'une communication présentée par M. Sayadi et son épouse sur la base du Premier Protocole facultatif du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)¹⁰²⁰.

Le contrôle effectué par le Comité des droits de l'homme est, tout du moins *in potentia*, universel en termes de compétence *ratione personae* et *ratione loci* ainsi qu'au regard des standards de contrôle. Cette situation présente théoriquement un certain avantage par rapport au contrôle exercé par un organe juridictionnel régional qui ne peut offrir qu'une protection circonscrite du fait de son statut.

1018. A la possible exception de certains passages dans le raisonnement de la CJCE en l'affaire *Kadi* et du Tribunal en l'affaire *Kadi 2000* ; voir *supra*, pp. 381-384.

1019. Il a, à ce propos, été noté que certains principes tels que la subsidiarité et la complémentarité peuvent aider à compenser les risques d'incohérence découlant de la complexité croissante de l'ordre juridique actuel. Également, des techniques juridiques, telles la marge nationale d'appréciation ou l'équivalence formelle, peuvent faciliter ce but ; voir M. Delmas-Marty, « Avant-propos », dans E. Dubout et S. Touzé (dir. publ.), *op. cit.*, pp. 1-10, p. 9.

1020. Voir *Sayadi c. Belgique*, *op. cit.* Ce couple belge a été inclus le 23 janvier 2003 dans la liste antiterroriste du Comité établi par la résolution 1267 (1999) sur la base de l'allégation de liens avec Al-Qaïda. Après une série de procédures judiciaires contre l'Etat belge, ils ont eu recours au Comité des droits de l'homme.

Pourtant le Comité des droits de l'homme ne semble pas avoir pleinement exploité cet élément d'universalité. Son raisonnement est peu développé et consiste en une évaluation de la licéité de la conduite de l'Etat défendeur en excluant — voire en passant sous silence — toute hypothèse de conflit entre les obligations du Pacte et de la Charte et en évitant de traiter de manière explicite les effets de l'article 103 de la Charte dans le cas qui lui était soumis. Il s'agit comme il a été remarqué d'une (nouvelle) opportunité perdue¹⁰²¹.

1. La stratégie de l'interprétation conforme

L'affaire *Sayadi* souligne néanmoins la possibilité de recours à une stratégie juridique plus positive, ainsi plus élaborée, à une attitude non pas d'évitement, mais d'engagement vis-à-vis des problèmes juridiques posés par la pratique des listes noires du Conseil de sécurité. On fait ici référence à l'opinion individuelle de Sir Nigel Rodley en l'affaire *Sayadi* qui offre un autre angle de réflexion en s'appuyant sur la technique de l'interprétation conforme¹⁰²². Selon ce dernier, le Comité a la compétence de se prononcer sur l'existence ou l'inexistence d'un conflit entre les obligations des instruments en question et de décider, sur la base de cette analyse, si l'effet de primauté de l'article 103 trouve application.

Sir Nigel énonce quatre critères qui devraient guider l'évaluation du Comité pour ce faire. Ce faisant il prend appui sur la méthode de l'interprétation conforme entre le droit de la Charte et les dispositions du Pacte. Les critères proposés doivent être compris comme

1021. Voir M. Milanović, «The Human Rights...», *op. cit.*, p. 519.

1022. Sur la technique de l'interprétation conforme, voir M. Milanović, «Conflict of Norms...», *op. cit.*, pp. 98-102; A. Bianchi, «Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion», *EJIL*, vol. 17, 2006, pp. 881 ss., pp. 912-914 et 916. Voir aussi l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, CEDH, jugement du 21 novembre 2001, par. 55 :

«La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante...»

Il est à souligner que la présomption de conformité peut concerner à la fois les mesures nationales/régionales vis-à-vis du droit international général et du droit de l'ONU ou les mesures universelles vis-à-vis des règles régionales concernant la protection des droits de l'homme. Il s'agit d'une interprétation proche de celle de l'amendement implicite de la mesure en question. Voir les observations de A. Tzanakopoulos, *op. cit.*, pp. 253-254 et 260-261, qui cite l'interprétation faite par la Haute Cour d'Angleterre dans l'affaire *R (on the application of Othman) v. Secretary of State for Work and Pensions*, [2001] EWHC Admin 1022, par. 57.

des «présomptions» selon lesquelles les mesures prescrites par le Conseil de sécurité ne sont pas attentatoires aux droits de l'homme. Il évoque tout d'abord une présomption générale de conformité en cas de formulation ouverte de la résolution. Il traite ensuite d'une présomption de conformité au *jus cogens*, puis aux droits qui ne sont pas susceptibles de dérogation. Il évoque en dernier lieu une présomption de stricte nécessité et de proportionnalité quand il s'agit de droits auxquels il peut être dérogé. Ce sont surtout le troisième et quatrième critères qui permettent de mieux cerner l'articulation entre les obligations découlant des deux instruments conventionnels. En se référant, d'une part, aux droits du Pacte qui ne sont pas susceptibles de dérogation même en cas d'urgence publique grave et, d'autre part, aux standards pertinents en cas de dérogation aux droits dont l'exercice peut être limité, Sir Nigel fournit des paramètres qui prennent en compte le caractère particulier de la condition d'urgence, en l'espèce celle liée au problème du terrorisme international.

Son approche sert également comme rappel du point le plus important de la discussion concernant les relations entre les institutions régionales de protection des droits de l'homme et le Conseil de sécurité quant à l'édiction par ce dernier de mesures de sécurité collective: il s'agit du respect de la règle de droit. Le respect de la règle de droit est revendiqué, mais que signifie cette exigence à l'échelon des Nations Unies? Les propos de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadić*¹⁰²³, se référant à l'article 39 de la Charte des Nations Unies, peuvent être évoqués. Il avait été spécifié qu'«[e]n tout état de cause, ni la lettre ni l'esprit de la Charte ne conçoivent le Conseil de sécurité comme *legibus solutus* (échappant à la loi)»¹⁰²⁴.

Qui plus est, le document final du sommet du Millénaire de septembre 2005 posait un ensemble d'exigences en matière d'exercice de sanctions, en demandant, par exemple que:

«Les sanctions devraient être appliquées et surveillées efficacement en fonction d'un ensemble de critères clairement définis et faire l'objet d'un examen périodique, s'il y a lieu; elles ne devraient rester en vigueur que durant le temps néces-

1023. *Le Procureur c. Dusko Tadić, Alias «Dule»*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 2 octobre 1995.

1024. *Ibid.*, par. 28 (l'italique est de nous).

saire pour atteindre leurs objectifs et être levées une fois ces objectifs atteints.»¹⁰²⁵

2. La stratégie «de la carotte et du bâton»

Prenant appui sur l'exigence du respect de la règle de droit, une autre stratégie juridique «positive» a pu être utilisée. Il s'agit d'une approche mêlant l'usage «de la carotte et du bâton» suivie tant par quelques juridictions nationales¹⁰²⁶ que, à certains égards, par les juridictions de l'Union européenne dans les arrêts *Kadi*¹⁰²⁷ et dans une série d'initiatives diplomatiques menées à l'échelon régional, et plus particulièrement au sein du Conseil de l'Europe¹⁰²⁸.

Certaines juridictions nationales se sont aventurées sur le terrain d'un contrôle indirect des résolutions du Conseil de sécurité, et cela au moyen d'un contrôle de mesures de mise en œuvre adoptées au niveau national, lesquelles constituaient en réalité de véritables transpositions des résolutions du Conseil. Dans l'affaire *Abdelrazik c. Canada*, par exemple, la Cour fédérale a tout d'abord fortement critiqué le régime instauré par le Conseil de sécurité et le Comité 1267 en le considérant comme

«un déni de recours juridiques fondamentaux et comme une mesure indéfendable selon les principes du droit international en matière de droits de la personne»,

1025. Assemblée générale des Nations Unies, *Document final du Sommet mondial de 2005*, doc. A/60/L.1, 20 septembre 2005, par. 107-109.

1026. Voir *R (Hilal Abdul-Razzaq Ali Al Jedda) c. Secrétaire d'Etat à la Défense*, [2005] EWHC 1809 (Admin), [2006] EWCA Civ 327; *R (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58; *A, K, M, Q & G c. HM Treasury* [2008] EWHC 869 (Admin); *Hay v. HM Treasury* [2009] EWHC 1677 (Admin).

1027. Voir arrêt *Kadi CJCE*, par. 322; arrêt *Kadi 2010*, par. 127.

1028. I. Cameron, *op. cit.*, *passim*; *UN Security Council Black Lists*, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, AS/Jur (2007) 14, 19 mars 2007, qui inclut un memorandum introductif du rapporteur Dick Marty, ainsi qu'un document de travail intitulé «Certains comportements récents du Conseil de sécurité des Nations Unies en matière de droits de l'homme. A propos de la question des «listes noires» du Comité des sanctions» préparé par Symeon Karagiannis, voir aussi le rapport de Dick Marty, «UN Security Council and EU Blacklists», doc. 11454, 16 novembre 2007, et son addendum, 22 janvier 2008, disponible sur <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/workingdocs/doc07/edoc11454.htm>. Ces rapports font partie d'une série d'initiatives concernant l'impact des listes noires sur la protection des droits de l'homme. Voir également B. Fassbender, «Targeted Sanctions and Due Process. The Responsibility of the UN Security Council to Ensure That Fair and Clear Procedures Made Available to Individuals and Entities Targeted with Sanctions under Chapter VII of the UN Charter», *Study Commissioned by the United Nations, Office of Legal Affairs*, disponible sur http://www.un.org/law/counsel/Fassbender_study.pdf.

puis s'est tournée vers l'attitude des autorités canadiennes en question¹⁰²⁹. Il s'agit ici de l'approche classique du bâton (l'élément de critique indirecte) suivi d'une carotte (l'attention étant placée non pas sur les résolutions du Conseil de sécurité mais sur le règlement étatique, ce dernier étant l'objet d'une demande d'annulation). Cette attitude certainement remarquée par le Conseil de sécurité a peut-être incité l'organe à faire les modifications nécessaires afin de réorganiser le régime des sanctions à la lumière des exigences découlant de la protection des droits de l'homme¹⁰³⁰.

Cette même approche transparait à certains égards dans le raisonnement de la CJCE dans son arrêt *Kadi* et dans celui du Tribunal de première instance dans son arrêt *Kadi 2010*. Comme on l'a vu, les instances judiciaires de l'Union européenne ont adopté une approche prônant une autonomie de l'ordre communautaire vis-à-vis du droit international et du régime des sanctions mis en œuvre par le Conseil de sécurité. Cette attitude leur permet de critiquer indirectement les mécanismes créés par le Conseil et le Comité 1267 (ce qui joue le rôle de bâton), tout en ne procédant qu'au contrôle judiciaire du règlement communautaire en question¹⁰³¹, laissant d'une certaine manière la porte ouverte pour revenir sur leurs décisions au cas où les mécanismes établis par le Conseil de sécurité s'amélioreraient au regard des garanties concernant les droits fondamentaux des individus visés par les sanctions¹⁰³² (ces techniques jouant le rôle de carottes)¹⁰³³.

1029. *Abdelrazik c. Canada*, *op. cit.*, par. 50-52.

1030. Pour l'intérêt du Conseil de sécurité quant à ces procédures judiciaires, voir, entre autres documents, S/2008/324, 14 mai 2008, par. 39-41, et annexe I; S/2009/245, 13 mai 2009, par. 19-25, et annexe I; S/2009/502, 2 octobre 2009, par. 36-38, et annexe I.

1031. Voir arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 322 ss.; arrêt *Kadi 2010*, *op. cit.*, par. 116 ss.

1032. Arrêt *Kadi CJCE*, *ibid.*, par. 322; arrêt *Kadi 2010*, *ibid.*, par. 126-127:

«C'est pourquoi le Tribunal considère, en définitive, qu'il lui incombe d'assurer en l'espèce, comme la Cour l'a dit pour droit aux points 326 et 327 de son arrêt *Kadi* [c'est-à-dire dans l'arrêt *Kadi CJCE*], un contrôle, «en principe complet», de la légalité du règlement attaqué au regard des droits fondamentaux, sans faire bénéficier ledit règlement d'une quelconque immunité juridictionnelle au motif qu'il vise à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Il doit en aller ainsi, à tout le moins, aussi longtemps que les procédures de réexamen mises en œuvre par le comité des sanctions n'offrent manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle effective...» (l'italique est de nous).

1033. Voir L. Boisson de Chazournes et P. J. Kuijper, «Mr. Kadi and Mrs. Prost:

Au sein du Conseil de l'Europe, des experts ont présenté des rapports analysant les problèmes issus de la pratique des listes noires, accompagnés de recommandations aux organes politiques de l'Organisation.

Le rapport Marty, par exemple, propose que le Secrétaire général puisse requérir des explications quant à l'application de la Convention par ses Etats membres; il invoque aussi le rôle «courageux» que pourrait jouer l'Assemblée générale en mettant en cause «directement et à loisir [les] résolutions du Conseil qu'elle jugerait contraires aux droits de l'homme», mais, surtout en exerçant «sa pression sur les Etats responsables de l'élaboration des résolutions du Conseil [laquelle] peut avoir des effets encore plus directs et immédiats»¹⁰³⁴.

Cette approche de la carotte et du bâton est peu orthodoxe. Une manière plus conventionnelle aurait été celle d'échanges entre organisation universelle et organisations régionales lors de la phase initiale de l'élaboration du régime des sanctions et de ses contours procéduraux.

Plusieurs occasions se sont offertes pour ce faire: on peut évoquer les nombreuses réunions du Conseil de sécurité avec les organisations régionales¹⁰³⁵ ou les réunions de haut niveau entre l'Organisation des Nations Unies, les organisations régionales et d'autres organisations intergouvernementales, organisées par le Secrétaire général de l'ONU¹⁰³⁶.

En lieu et place de cela, le Conseil de sécurité est aujourd'hui pris dans les mailles d'une sorte de dialogue indirect qui l'oblige à réagir et à répondre à des allégations d'illégalité du régime des sanctions et à des menaces plus ou moins explicites de la part des organisations régionales et des juridictions nationales de ne pas respecter les décisions du Conseil de sécurité.

Is the UN Ombudsperson Going to Find Herself between a Rock and a Hard Place?», *Evolving Principles of International Law. — Studies in Honour of Karel C. Wellens*, 2011 (à paraître).

1034. Voir *Rapport Marty*, *op. cit.*, p. 32.

1035. Voir, pour la première discussion, S/PV.4739, 11 avril 2003 (*Le Conseil de sécurité et les organisations régionales face aux nouveaux défis à la paix et à la sécurité internationales*), et, pour la toute dernière, S/PV.6257, 13 janvier 2010 (*Coopération entre l'ONU et les organisations régionales et sous-régionales au maintien de la paix et de la sécurité internationales*).

1036. Entre 1994 et 2006, sept réunions convoquées par le Secrétaire général de l'ONU ont couvert un éventail large de problèmes qui se passent dans les relations entre l'ONU et les organisations régionales.

3. La réaction du Conseil de sécurité : l'instauration d'un médiateur

En réponse à ces critiques et pressions ainsi qu'à d'autres initiatives diplomatiques¹⁰³⁷, le Conseil de sécurité a adopté le 19 décembre 2009 la résolution 1904, document qui pourrait marquer une nouvelle étape dans la mise en œuvre des sanctions antiterroristes. L'idée qui inspire cette résolution est claire : l'efficacité du régime de sanction ne dépend pas seulement des mesures prévues, mais aussi des procédures qui garantissent la pertinence de ces mesures dans chaque cas d'espèce. L'innovation la plus importante par rapport aux tentatives précédentes d'amélioration¹⁰³⁸ a trait à la nomination d'un médiateur chargé d'examiner les demandes des personnes et entités qui souhaitent être radiées de la Liste récapitulative créée par la résolution 1267. Le médiateur sera en effet appelé à exercer des fonctions plus étendues que celles attribuées aux points focaux prévus par la résolution 1730. Le rôle de ces derniers s'inscrit dans un cadre interétatique : la recommandation de radiation reçue par le point focal doit être communiquée au(x) gouvernement(s) à l'origine de l'inscription sur la liste, au gouvernement de l'Etat de nationalité et à celui de l'Etat de résidence (paragraphe 5 et 6, alinéa *a*)), de la résolution 1730). Si, après un certain laps de temps, aucun de ceux-ci ne prend d'initiative, tout membre du Comité des sanctions peut recommander au Comité la radiation du nom du requérant (par. 6, al. *c*)). Et, si après un mois à la suite de cette dernière échéance, aucun membre du Comité ne recommande la radiation de la liste, la demande est réputée rejetée et le président du Comité en informe le point focal (par. 6, al. *c*)).

Le médiateur tel qu'envisagé dans la résolution 1904 joue un rôle pivot car il est chargé de tâches de coordination dans la collecte des informations et, par la suite, de celles de concertation avec les

1037. Voir l'initiative de la Suisse, de la Suède et de l'Allemagne et le rapport récent dans le cadre de l'initiative on «Supplementary Guidelines for the Review of Sanctions Committees' Listing Decisions», *Discussion Paper*, disponible (en anglais) sur <http://www.liechtenstein.li/en/pdf-fl-aussenstelle-newyork-discussion-paper-delisting-workshop-2007-11-8.pdf>, *Explanatory Memorandum* de Michael Bothe disponible (en anglais) sur <http://www.liechtenstein.li/en/pdf-fl-aussenstelle-newyork-explanatory-memorandum-prof-bothe-delisting-workshop-2007-11-8.pdf>.

1038. Voir *supra* note 1004. Voir aussi l'analyse de I. Couzigou, «La lutte du Conseil de sécurité contre le terrorisme international et les droits de l'homme», *RGDIP*, t. 112, 2008, pp. 49-84.

acteurs en cause. De plus — et c'est là la véritable innovation de cette nouvelle procédure — l'acceptation d'une demande de radiation par le médiateur implique le déroulement d'une procédure qui se conclut impérativement avec un vote du Comité. Autrement dit, les gouvernements dont la résolution 1730 fait mention jouissent d'une marge de discrétion moindre dans la phase qui précède la décision finale du Comité. Qui plus est, la présentation d'un rapport final par le médiateur garantit l'accès à des informations venant de sources multiples, afin de donner une présentation complète de la situation du requérant. En somme, le but ultime des dispositions contenues à l'annexe II de la résolution 1904, dédiées aux fonctions du médiateur, est de créer une procédure impliquant une partie tierce indépendante disposant d'une certaine marge de manœuvre dans la collecte d'informations pertinentes, laquelle procédure doit être perçue comme la plus transparente possible.

Il est prématuré de faire des pronostics quant à l'efficacité réelle de ce nouveau mécanisme créé par le Conseil de sécurité. Il n'en suscite pas moins des questions à l'aune des relations entre l'Organisation universelle et les organisations régionales.

Il s'agit tout d'abord de savoir si les améliorations mises en place par la résolution 1904 sont telles qu'elles conduiront une juridiction régionale à s'abstenir d'exercer un contrôle de légalité. Les garanties liées à l'intervention du médiateur pourront-elles se substituer au contrôle des mesures régionales et nationales d'application des résolutions du Conseil de sécurité? On pense à cet égard à l'attitude de déférence adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Bosphorus* à l'endroit du système communautaire de garantie. Cette attitude pourrait-elle trouver un reflet dans le contexte des rapports entre les organisations régionales et l'ONU?

Une première réponse à ces questions a été apportée dans l'affaire *Mohammed Jabar Ahmed et autres, Mohammed al-Ghabra et R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) c. HM Treasury*¹⁰³⁹. En l'espèce, la Cour suprême du Royaume-Uni a considéré que les modifications réalisées en décembre 2009 et portant sur la procédure des listes du Conseil de sécurité n'étaient pas suffisantes. Pour les juges britanniques, ces modifications étaient les bienvenues,

1039. *HM Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and ors (FC); HM Treasury v. Mohammed al-Ghabra (FC); R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) v. HM Treasury*, 27 janvier 2010, [2010] UKSC 2.

mais la nouvelle procédure n'offrait toujours pas un « *effective judicial remedy* »¹⁰⁴⁰.

Les instances judiciaires de l'Union européenne ont, elles aussi, dans un nouvel épisode de la saga Kadi, considéré que les dernières améliorations apportées par le Conseil de sécurité étaient insuffisantes. Dans un arrêt du 30 septembre 2010¹⁰⁴¹ — alors que les faits qui faisaient l'objet de ce recours n'impliquaient pas la nouvelle procédure du médiateur prévue par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1904 (2009)¹⁰⁴² —, le Tribunal a jugé que

« les procédures de réexamen mises en œuvre par le comité des sanctions n'offrent manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle effective ».

Selon l'organe judiciaire, les objections exprimées à l'encontre de l'ancien mécanisme du point focal demeuraient

« fondamentalement valables à l'heure actuelle, même en tenant compte du « bureau du médiateur », dont la création a été décidée en son principe par la résolution 1904 (2009) et qui a été très récemment pourvu »,

parce que, toujours selon le Tribunal,

« la création ... du médiateur ne saurait être assimilée à l'institution d'un recours juridictionnel effectif contre les décisions du comité des sanctions »¹⁰⁴³.

1040. Voir *supra* note 1039, par. 78, 181 et 239.

1041. Arrêt *Kadi 2010*, *op. cit.*

1042. Il s'agissait d'un recours de la part de M. Kadi demandant l'annulation du règlement (CE) n° 1190/2008, du 28 novembre 2008 adopté par les organes communautaires pour remplacer le règlement annulé par la CJCE dans l'affaire *Kadi I*, lequel, tout en suivant une nouvelle procédure selon les lignes données par la CJCE en l'affaire *Kadi I*, continuait à imposer des sanctions contre M. Kadi. En l'espèce la procédure et le règlement contestés précédaient donc l'instauration du médiateur par le Conseil de sécurité des Nations Unies.

1043. Arrêt *Kadi 2010*, *op. cit.*, par. 128. Le raisonnement du Tribunal se lit comme suit :

« En substance, le Conseil de sécurité n'a toujours pas estimé opportun d'établir un organe indépendant et impartial chargé de statuer, en droit comme en fait, sur les recours dirigés contre les décisions individuelles prises par le comité des sanctions. En outre, ni le mécanisme du point focal ni l'office du médiateur ne remettent en cause le principe selon lequel la radiation d'une personne de la liste du comité des sanctions requiert un consensus au sein de ce comité. De plus, le choix des éléments de preuve qui peuvent être révélés à l'intéressé continue à relever de l'entière discrétion de l'Etat qui a proposé l'inscription de celui-ci sur la liste du comité

Il se peut donc que le dialogue paradoxal entre le Conseil de sécurité et les instances régionales¹⁰⁴⁴ et nationales au gré de l'approche «de la carotte et du bâton» se poursuive¹⁰⁴⁵.

G. Conclusions

Les différentes approches évoquées sont révélatrices des relations qui se tissent entre organisations universelles et organisations régionales. Obédience ou mise au défi? Chacune des postures met en exergue les liens très étroits qui prévalent en elles. Chacune des institutions est gardienne de ses propres valeurs, mais elle ne peut le faire qu'en relation avec d'autres institutions. *Quis custodiat ipsos custodes?* Les différentes approches des instances juridictionnelles soulignent les difficultés rencontrées dans l'exercice de leur rôle de «gardien» de valeurs. Elles sont notamment liées aux articulations qui doivent s'établir entre ordres juridiques institutionnels distincts. La question des voies de droit disponibles pour remédier aux violations de droits de l'homme lors de la mise en œuvre de mesures anti-terroristes¹⁰⁴⁶ ou à l'occasion d'une administration internationale d'un territoire a permis de souligner combien les relations entre

des sanctions, et aucun mécanisme ne garantit que l'intéressé dispose de suffisamment d'éléments d'information pour lui permettre de se défendre utilement (ni même qu'il connaisse l'identité de l'Etat qui a demandé son inscription sur la liste du comité des sanctions). Pour ces motifs au moins, la création du point focal et du médiateur ne saurait être assimilée à l'institution d'un recours juridictionnel effectif contre les décisions du comité des sanctions.»

1044. Dans le cas des instances judiciaires de l'Union européenne, il s'agit plutôt d'un dialogue de sourds. D'un côté, le raisonnement sibyllin de la CJCE dans son arrêt *Kadi* ne donnait pas au Conseil de sécurité et au comité des sanctions des directives suffisamment précises concernant la voie à suivre pour l'amélioration du mécanisme de sanction (voir arrêt *Kadi CJCE*, *op. cit.*, par. 322-326). L'exigence du Tribunal dans son arrêt de 2010 selon laquelle le Conseil de sécurité doit établir

«un organe indépendant et impartial chargé de statuer, en droit comme en fait, sur les recours dirigés contre les décisions individuelles prises par le comité des sanctions» (arrêt *Kadi 2010*, *op. cit.*, par. 128),

pose la question de savoir comment une telle modification pourrait se réaliser au sein de l'ordre onusien. En outre, la critique anticipée du Tribunal contre le médiateur, avant même que ce dernier mette en œuvre les procédures du nouveau mécanisme, apparaît exagérée. De ce fait, la carotte de la «porte ouverte» qu'on vient d'analyser semble se transformer en un «geste vide» envers le Conseil de sécurité.

1045. Voir le rapport du bureau du médiateur établi en application de la résolution 1904 (2009) du Conseil de sécurité, S/2011/29; L. Boisson de Chazournes et P. J. Kuijper, *op. cit.*

1046. Voir généralement, sur cette question, P. Klein, «Le droit international à l'épreuve du terrorisme», *Recueil des cours*, tome 322 (2006), pp. 203-484.

organisations universelles et organisations régionales sont faites de zones d'ombre.

Ainsi en est-il de l'étendue de la marge d'appréciation dont peuvent jouir les institutions régionales dans la mise en œuvre de mesures liées à la lutte antiterroriste ou à l'administration d'un territoire. Est-ce que l'existence d'une marge d'appréciation plus étendue induit une responsabilité plus probable pour l'organisation qui met en œuvre les mesures ? Est-ce que la discrétion dont jouit une organisation porte sur l'obligation même de mettre en œuvre ces mesures ou seulement sur la façon dont elles sont mises en œuvre ? Quelle est la signification de l'existence d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre de ces mesures ? Est-ce que la marge d'appréciation des organes régionaux et nationaux est accompagnée d'une liberté de choisir les moyens dans la mise en œuvre des mesures onusiennes ou implique-t-elle la liberté d'introduire des procédures en matière de protection des droits de l'homme non envisagées par le Conseil de sécurité ?¹⁰⁴⁷ Ces questions, toutes liées à l'étendue de la marge d'appréciation d'un Etat ou d'une organisation régionale, soulignent l'influence de ce concept dans la conceptualisation des rapports entre l'ONU et les ordres institutionnels et normatifs, régionaux et nationaux¹⁰⁴⁸. Elles soulignent également les liens étroits qui se font jour dans les relations entre institutions, lesquels conditionnent les attitudes des unes à l'égard des autres.

Ces éléments constituent un nœud gordien dans l'appréhension des relations entre organisations universelles et organisations régionales. Mais cette complexité ne doit pas surprendre. L'élargissement du champ d'action des organisations internationales et les interactions accrues entre organisations universelles et organisations régionales soulèvent de nombreux défis juridiques. Le phénomène institutionnel occupe une place importante dans l'ordre juridique international contemporain et celui-ci doit pouvoir accommoder cette réalité.

1047. Un autre aspect a trait à l'opportunité de la reconnaissance d'une marge d'appréciation dans le cadre du contrôle juridictionnel du régime des sanctions ; voir les propos de M. Delmas-Marty, *op. cit.*, pp. 9-10.

1048. Cf. par exemple les commentaires divergents de Pavoni, *op. cit.*, pp. 35-37, et de I. Canor, *op. cit.*, pp. 14-20, en ce qui concerne la conceptualisation de la marge d'appréciation par la CJCE en l'affaire *Kadi*.