

**RSC 2009 p. 75****L'arrêt de la CJCE du 3 septembre 2008 (1)****Vers un *modus operandi* de l'exécution communautaire des résolutions onusiennes ?**

Hajer Rouidi, Doctorante en droit pénal, Université de Poitiers - EPRED

\*\*

**L'essentiel**

L'arrêt de la CJCE rendu en Grande Chambre le 3 septembre 2008 présente un double intérêt. D'abord, il tranche très clairement la question des rapports entre l'ordre juridique des Nations Unies et l'ordre juridique communautaire en faveur de l'autonomie de ce dernier. Ensuite, et surtout, il traduit l'intransigeance de la Cour quant à la protection des droits fondamentaux telle que garantie par le droit communautaire. L'exécution d'une résolution du Conseil de sécurité en matière de lutte anti-terroriste ne peut servir de prétexte pour le non-respect des exigences communautaires en matière de droits fondamentaux.

On se souvient des deux jugements rendus le 21 septembre 2005 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) portant sur l'exécution par la Communauté européenne des résolutions du Conseil de sécurité prévoyant des sanctions dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme (2). Le raisonnement du Tribunal avait surpris et la doctrine s'en était fait l'écho sans attendre (3). On comprend alors combien l'arrêt de la CJCE portant sur les pourvois formés à l'encontre de ces deux jugements était attendu. En voici une brève analyse.

Les deux requérants Yassin Abdulla Kadi et Al Barakaat International faisaient l'objet d'une mesure de gel des fonds en vertu du règlement n° 881/2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux taliban. Rappelons que ce règlement a été, lui-même, adopté en application de la résolution 1390 (2002) du Conseil de sécurité préconisant le maintien des mesures de gel des fonds et autres ressources financières de toute personne ou entité figurant sur la liste du Comité des sanctions (4). Les deux intéressés avaient alors introduit un recours en annulation devant le Tribunal de première instance alléguant, d'une part, l'incompétence de la Communauté pour adopter le règlement en cause et, d'autre part, la violation de leurs droits fondamentaux. Leur recours ayant été rejeté, ils ont formé un pourvoi devant la CJCE en reprenant peu ou prou les mêmes arguments. La Cour annule le règlement attaqué tout en différant dans le temps les effets de sa décision.

L'importance de cet arrêt réside moins, contrairement à ce qu'il n'y paraît, dans l'annulation du règlement à l'origine du litige que dans les réponses apportées, ou plutôt les prises de position que la Cour a adoptées concernant un certain nombre de questions soulevées par le contexte particulier de cette affaire. Ces questions ne sont pas des moindres : la place des droits fondamentaux de la personne humaine dans la lutte anti-terroriste, les rapports entre l'Organisation des Nations Unies et la Communauté européenne, le contrôle par la Communauté de la légalité des résolutions du Conseil de sécurité, la hiérarchie des normes en droit international, et la liste est loin d'être exhaustive...

Bien que les développements relatifs à la compétence communautaire en matière d'adoption des *smart sanctions* telles qu'elles sont requises par le Conseil de sécurité ne soient pas dépourvus d'intérêt (5), nous nous bornerons dans le cadre de cette étude aux seuls paragraphes relatifs au contrôle de légalité du règlement litigieux. La réponse de la Cour révèle, d'abord, la diversité des approches des rapports qu'entretient l'ordre juridique communautaire avec l'ordre juridique international. Elle éclaire, ensuite, les fondements du contrôle communautaire de légalité.

**Les rapports entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique international**

La thématique des rapports entre les organisations universelles et régionales a de longue date attiré l'attention de la doctrine (6). Les questions principales qui s'y rattachent portent essentiellement sur la nature de leurs relations, qualifiées justement de complexes (7), et, plus particulièrement, sur les effets de la coexistence de leurs ordres juridiques respectifs (8). On sait que le double phénomène d'expansion institutionnelle et normative des organisations internationales a mis en évidence l'enchevêtrement des espaces normatifs et la possibilité de conflits normatifs. La question est alors de savoir lequel des deux ordres, universel ou régional, doit prévaloir en cas de contradiction entre des obligations issues de deux systèmes normatifs distincts. Si le débat demeure d'actualité, les réponses restent, quant à elles, hypothétiques, controversées et multiples : subordination versus autonomie, intégration versus intégrité ou encore hiérarchie versus égalité.

L'affaire *Kadi* est révélatrice de la complexité de la question. Ainsi, à la question de savoir si le juge communautaire peut contrôler la légalité d'un règlement pris en application d'une résolution du Conseil de sécurité, chacune des deux juridictions communautaires apportent, non sans peine, une réponse différente, fondée sur une approche particulière de la relation que noue les deux ordres juridiques. Une troisième voie - médiane - était et demeure cependant envisageable.

**La thèse du Tribunal : la subordination de l'ordre juridique communautaire**

Pour déterminer s'il était habilité à contrôler la légalité du règlement attaqué au regard des droits fondamentaux, le Tribunal a d'abord procédé, conformément aux souhaits des parties défenderesses, à un examen de l'articulation entre l'ordre juridique des Nations Unies et l'ordre juridique communautaire. Il en déduit, au fil d'un raisonnement minutieusement construit pâtissant de confusions, que la Communauté, au même titre que ses membres, est liée par les résolutions du Conseil de sécurité et que, par conséquent, il n'est pas habilité à contrôler, fût-ce de manière incidente, la légalité de ces instruments à l'aune des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Le règlement, dans la mesure où il n'est que l'exécution d'une résolution onusienne, échappe, en principe, au contrôle du juge communautaire.

Avant toute chose, une remarque préalable s'impose. Le Tribunal n'a consacré « l'immunité juridictionnelle » du règlement attaqué que dans la mesure de l'assimilation - affirmée par lui - entre les obligations des États membres et celles de la Communauté. Il faut donc distinguer les deux étapes du raisonnement suivi par le Tribunal.

Dans un premier temps, il procède à une analyse des rapports entre, d'une part, les obligations des États membres de la Communauté en vertu de la Charte des Nations Unies et, d'autre part, leurs obligations en vertu du droit communautaire. Il conclut, à juste titre, que « du point de vue du droit international, les obligations des États 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 Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et, pour ceux d'entre eux qui sont également membres de la Communauté, sur leurs obligations au titre du traité CE » (9). Cette affirmation n'est autre que la stricte interprétation de l'article 103 de la Charte qui régit les conflits d'obligations conventionnelles des États membres des Nations Unies et consacre la primauté des obligations onusiennes sur celles issues d'un accord différent. Chacun sait d'ailleurs que cette primauté s'étend aux résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du chapitre VII de la Charte (10) ; le Tribunal, maîtrisant manifestement la matière, ne manque pas d'invoquer plusieurs fondements textuels et jurisprudentiels consacrant, à la charge des États membres de la Communauté, la primauté des obligations leur incombant et découlant de la Charte sur toute autre obligation de droit interne ou de droit international conventionnel (11).

Cependant, dans un second temps, le Tribunal constate que la Communauté, contrairement à ses États membres, n'est pas directement liée par les résolutions du Conseil de sécurité. « La raison en est que la Communauté n'est ni membre de l'ONU, ni destinataire des résolutions du Conseil de sécurité, ni le successeur aux droits et obligations de ses États membres au sens du droit international public » (12). On pouvait donc s'attendre à ce stade du raisonnement à ce que le Tribunal en déduise sa propre compétence pour contrôler la légalité du règlement litigieux. Il n'en est rien. Au paragraphe suivant, le Tribunal affirme que la Communauté est, à l'instar de ses États membres, liée par les obligations onusiennes en vertu du traité même qui l'institue. Pour le démontrer, le juge de première instance s'appuie sur plusieurs fondements, parmi lesquels le respect par la Communauté du droit international conformément aux articles 48 de la Charte, 224 (devenu 297) et 234 (devenu 307) du Traité CE, à la jurisprudence de la CJCE en ce sens et à raison de la volonté des États membres de lier la Communauté par leurs obligations conventionnelles ainsi que du transfert d'obligations et de compétences des États membres à la Communauté (13). Si le respect par la Communauté des engagements pris par ses membres peut aisément se comprendre, on ne saurait admettre la confusion qui consiste à assimiler les obligations conventionnelles souscrites par les États membres de la Communauté et celles qui incombent à la Communauté elle-même. Ainsi, la compétence liée des organes communautaires quant à l'exécution des résolutions du Conseil de sécurité résulte non pas de la subordination de la Communauté européenne à l'ordre juridique onusien, mais du respect dû aux engagements qui lient les États membres (et non la Communauté) à l'Organisation mondiale. Affirmer que la Communauté est contrainte d'exécuter les résolutions du Conseil de sécurité revient à « affirmer la primauté d'un droit dont elle n'est ni actrice ni destinataire » (14). N'étant pas membre de l'ONU à la différence de ses États membres, la Communauté n'est pas, en principe, concernée par l'article 103 de la Charte lequel traite des « conflits entre les obligations des Membres des Nations Unies » (15).

Ainsi, la position du Tribunal remet en cause l'autonomie sinon la spécificité de l'ordre juridique communautaire qui, bien qu'il soit partie intégrante de l'ordre juridique international, en demeure, par ses sources (traité constitutif et droit dérivé) et ses institutions, distinct. Leurs rapports s'analysent donc, selon nous, non en termes de subordination, mais davantage en termes de coopération et d'entraide mutuelle (16). Les références et les renvois réciproques en sont témoins. Pour sa part, la Charte reconnaît la nécessité de l'action mise en oeuvre dans le cadre des organisations régionales (art. 48, § 2 et chapitre VIII) ; la Communauté, quant à elle, se rallie aux principes de la Charte et accorde une importance particulière aux engagements de ses États membres notamment en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationale (art. 297 CE).

On s'attendait donc à ce que le raisonnement du Tribunal soit infirmé par la Grande Chambre.

### **La thèse de la CJCE : l'autonomie de l'ordre juridique communautaire**

Dans ses conclusions (17), l'Avocat général Poiras Maduro se prononce en faveur de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire en se fondant sur l'arrêt fondateur Van Gend en Loos du 5 février 1963. C'est ainsi qu'il déclare que « le rapport entre droit international et ordre juridique communautaire est régi par cet ordre lui-même, et le droit international ne peut interagir avec cet ordre juridique qu'aux seules conditions fixées par les principes constitutionnels de la Communauté » (18). À l'appui de sa thèse, il invoque les arrêts de la CJCE ayant exclu qu'un accord international conclu sans base juridique adéquate ou selon une procédure incorrecte ou encore - et c'est le cas en l'espèce - méconnaissant un principe général du droit communautaire puisse produire des effets dans la Communauté.

Dans son sillage, la Cour soutient l'approche autonomiste tout en rappelant que la Communauté exerce sa compétence dans le respect du droit international et que ce respect s'impose tout autant dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationale lors de la mise en oeuvre des résolutions du Conseil de sécurité. En revanche, la Communauté demeure libre de choisir le modèle de réception en son sein de telles résolutions ; l'élaboration des actes communautaires doit seulement tenir compte des termes et objectifs de la résolution concernée. Selon la Cour, « 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 oeuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies » (19). Et de poursuivre qu'« [u]ne telle immunité juridictionnelle [...] ne trouve par ailleurs aucun fondement dans le traité CE » (20).

La Cour admet donc sa compétence pour contrôler la légalité du règlement litigieux au regard des principes généraux du droit communautaire consacrant la protection des droits fondamentaux. Sa démarche s'inscrit dans une approche constitutionnaliste (21) de l'ordre juridique communautaire et son argumentation rappelle davantage un plaidoyer pour l'autonomie de l'ordre juridique communautaire qu'une réponse à une question préalable de compétence. Rappelons que la consécration de cette autonomie n'est pas nouvelle et qu'elle est le fruit d'une jurisprudence constamment renforcée. À cet égard, avec cet arrêt, la Cour ne craint pas les formules audacieuses. Elle affirme ainsi que, si certaines dérogations au droit primaire communautaire sont permises en vue de maintenir la paix et la sécurité internationale, ces dérogations ne sauraient s'étendre aux droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis et protégés par la Communauté (22). En outre, elle ajoute qu'à supposer l'existence d'une hiérarchie au profit des obligations onusiennes au sein de l'ordre juridique communautaire, elle ne pourrait opérer qu'à l'égard du droit dérivé sans s'étendre « au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux » (23).

En définitive, si la position de la Cour doit être saluée, c'est à la condition de ne pas en déduire une parfaite égalité entre les deux ordres juridiques en conflit. En effet, si l'originalité et la particularité du droit communautaire sont largement reconnues et ne font pas de doute, l'ordre juridique communautaire est et demeure une étoile au sein de la constellation du droit international ; la séparation n'est pas aussi étanche que le laisse entendre le raisonnement de la Cour. Les renvois nombreux (24) au droit international et notamment aux obligations découlant de la Charte des Nations Unies attestent qu'elle n'est pas insensible à l'environnement général. D'ailleurs, tout en proclamant « son droit à la différence », la Cour aurait pu opter pour une solution voisine de celle retenue dans son arrêt *Bosphorus* du 30 juillet 1996 (25), dans lequel l'objectif d'intérêt général que poursuivait le règlement litigieux l'avait emporté sur l'exercice de certains droits fondamentaux. Mais il resterait alors à identifier les intérêts généraux supérieurs qui autorisent les atteintes portées aux droits fondamentaux.

Une troisième voie était et reste cependant envisageable.

### **Une troisième voie : « la déférence conditionnée » (26)**

Cette approche se situe à mi-chemin des deux thèses précédemment évoquées. Elle constitue un tempérament à la subordination telle qu'elle est conçue par le Tribunal en permettant à l'ordre juridique « subordonné » de recouvrer son autonomie lorsque les garanties de protection des droits fondamentaux offertes par l'ordre juridique « supérieur » s'avèrent insuffisantes. De manière générale, cette thèse est fondée sur l'équivalence des garanties de protection au plan universel. Une juridiction ne s'autorise à exercer son contrôle au regard de son propre système de protection qu'en cas de défaillance manifeste des garanties offertes par les autres ordres juridiques.

Cette thèse, avancée à l'origine par la Cour constitutionnelle allemande au travers de sa jurisprudence dite *Solange* (27), a été reprise et développée par la CEDH dans ses arrêts *M. & Co c/ RFA* (28) et *Bosphorus Airways c/ Irlande* (29).

Dans ce dernier arrêt (30), la Société Bosphorus Airways soutenait que la Communauté européenne n'offrait pas une protection équivalente à celle garantie par la CEDH, ce qui justifiait le contrôle opéré par la Cour européenne sur les mesures nationales de mise en œuvre du droit communautaire. Appliquant le principe de « protection équivalente » posé dans l'affaire *M. & Co*, la Cour précise qu'« une mesure de l'État 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 [...]. Par "équivalente", la Cour entend "comparable" : toute exigence de protection "identique" de la part de l'organisation concernée irait à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi [...]. 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 » (31).

Dans le paragraphe suivant, la Cour pose une présomption de conformité des mesures nationales au standard de protection des droits fondamentaux garanti par l'organisation à l'origine des mesures litigieuses. Toutefois, cette présomption peut « 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 ce dernier cas - seulement -, la Cour européenne recouvrerait sa pleine compétence.

Une fois ces principes posés, les juges les appliquent à l'espèce (32). Ils estiment que la protection des droits fondamentaux telle que garantie par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, « équivalente » à celle garantie par la CEDH, si bien qu'il y a lieu de présumer que « l'Irlande ne s'est pas écartée des obligations qui lui incombaient au titre de la Convention lorsqu'elle a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne » ; en l'absence d'insuffisance manifeste, la présomption du respect de la Convention n'a pas été renversée. Par conséquent, la saisie de l'aéronef n'emportait pas violation de l'article 1 du protocole n° 1 (33).

Dans l'affaire qui nous occupe, une approche en termes de « déférence conditionnée » était suggérée par le requérant se fondant précisément sur l'arrêt *Bosphorus* de la CEDH. Il soutenait qu'« aussi longtemps que le droit des Nations Unies n'offre pas une protection adéquate à ceux qui affirment que leurs droits fondamentaux ont été violés, il devrait y avoir un contrôle des actes adoptés par la Communauté pour mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité. Or, [...], la procédure de réexamen devant le comité des sanctions, fondée sur la protection diplomatique, n'offre pas une protection des droits de l'homme équivalente à celle assurée par la CEDH, [...], telle qu'exigée par la CEDH » (34).

La Commission estimait, au contraire, que le régime des sanctions tel qu'établi par les Nations Unies, offrait bel et bien « une possibilité acceptable d'être entendus grâce à un mécanisme de contrôle administratif s'intégrant dans le système juridique des Nations Unies, [si bien que] la Cour ne devrait intervenir [en] aucune façon » (35).

La Cour choisit d'accueillir l'argumentaire développé par le requérant. Elle déclare que les modifications favorables apportées au régime de sanctions ont été introduites postérieurement à l'adoption du règlement litigieux, et, quand bien même ces modifications seraient prises en compte, elles ne sauraient justifier une immunité juridictionnelle dans le cadre de l'ordre juridique interne de la Communauté (36). « En effet, une telle immunité, qui constituerait une dérogation importante au régime de protection juridictionnelle des droits fondamentaux prévu par le traité CE, n'apparaît pas justifiée, dès lors que cette procédure de réexamen n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle » (37).

Il reste à se demander si, dans l'hypothèse où le régime de sanctions des Nations Unies avait offert une protection équivalente à celle offerte par la Communauté, la Cour se serait dessaisie de sa compétence pour contrôler la légalité du règlement attaqué. Ses développements à l'appui de l'insuffisance de protection du cadre onusien semblent indiquer que la réponse serait affirmative. De surcroît, elle affirme que « les juridictions communautaires doivent, conformément aux compétences dont elles sont investies en vertu du traité CE, assurer un contrôle, en principe complet, de la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire [...] » (38). Aussi, est-il légitime de se demander si l'exception, ne consisterait pas justement dans l'équivalence des garanties offertes par les Nations Unies. Néanmoins, on ne saurait totalement exclure la solution opposée eu égard à l'attachement de la Cour envers l'autonomie de l'ordre juridique communautaire.

Par ailleurs, il convient d'envisager une autre source d'atténuation de la primauté des obligations onusiennes. L'article 103 précité de la Charte des Nations Unies se réfère au « conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte », ce qui implique que les obligations dotées de la primauté doivent nécessairement respecter le droit de la Charte et notamment les buts et principes énumérés en son chapitre premier. Du reste, l'article 24 § 2 de la Charte exige clairement que le Conseil de sécurité se conforme, dans l'exercice de ses fonctions, aux buts et principes de la Charte. La question pourrait être alors de déterminer si la résolution sur la base de laquelle a été pris le règlement litigieux respecte les buts et objectifs de la Charte (notamment au regard de la protection des droits fondamentaux). Une réponse négative priverait la résolution en cause de la primauté dont elle est normalement dotée. Cependant, il faut reconnaître que cette option n'est pas sans nourrir de nouvelles interrogations, notamment en ce qui concerne l'autorité compétente pour apprécier la légalité, d'ailleurs présumée, des résolutions du Conseil de sécurité (39). Le Tribunal de première instance n'a pas hésité à sauter le pas. La Cour, hélas, ne le lui emboîte pas et ferme la porte tout juste entrouverte.

### **Les fondements du contrôle communautaire de légalité**

L'un des traits marquants de la Communauté de droit que constitue l'Union européenne est sans doute la spécificité et la puissance de son organe juridictionnel, la CJCE. Outre ses attributions contentieuses et d'interprétation, elle peut revêtir l'habit d'un juge constitutionnel et contrôler la conformité des actes communautaires dérivés vis-à-vis du Traité CE, qualifié par elle de « charte constitutionnelle de base » (40). Les juges luxembourgeois sont donc investis d'une compétence d'attribution en matière de contrôle de légalité des actes communautaires. Toutefois la compétence du juge communautaire ne s'impose pas avec la force de l'évidence lorsque le contrôle de légalité de l'acte communautaire entraîne *ipso facto* celui de la résolution du Conseil de sécurité. L'affaire *Kadi* a fourni l'occasion au Tribunal de première instance et à la Cour d'exprimer des approches différentes au regard des fondements du contrôle communautaire portant sur le règlement, d'une part, et sur la résolution, d'autre part.

### **Les droits fondamentaux, fondement unique du contrôle de légalité du règlement communautaire**

Devant les deux juridictions luxembourgeoises, les requérants arguaient de l'illégalité du règlement attaqué à raison de l'atteinte qu'il porte aux droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Les juges devaient ainsi opérer un contrôle de légalité du règlement litigieux à la lumière des principes généraux du droit communautaire consacrant la protection des droits fondamentaux. Mais, la particularité de ce règlement, pris en exécution d'une résolution du Conseil de sécurité, a nourri la confusion dans l'esprit du Tribunal. En effet, ce dernier constate que tout contrôle de légalité interne du règlement attaqué implique, de manière incidente, le contrôle de légalité des résolutions sur la base desquelles il a été pris. Juger ce dernier non conforme au standard communautaire de protection des droits fondamentaux induit une appréciation semblable à l'égard des résolutions. Or, comme il l'a déjà établi lors de l'examen des rapports entre les deux ordres juridiques, les résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du chapitre VII s'imposent non seulement aux États membres de la Communauté mais également « aux autorités et juridictions nationales ou communautaires » (41). Par conséquent, elles échappent au contrôle juridictionnel du Tribunal qui ne peut être « autorisé à remettre en cause, fût-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire » (42).

Mais, dès le paragraphe suivant, le Tribunal se déclare « habilité à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause du Conseil de sécurité au regard du *jus cogens*, entendu comme 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 » (43).

Ainsi, c'est en admettant sa compétence pour contrôler par voie d'exception la légalité de la résolution onusienne que le Tribunal s'autorise à contrôler la légalité du règlement attaqué. Le *jus cogens* lui a, en quelque sorte, servi de sauf-conduit. En effet, après avoir établi la primauté de l'ordre juridique onusien et la compétence liée de la Communauté, le Tribunal devait soit se déclarer incompétent pour contrôler la légalité du règlement litigieux, soit trouver un « subterfuge » lui permettant de contourner la difficulté dans un souci de protection des droits fondamentaux, mission qui lui est, en principe, dévolue par essence. La difficulté se situe ainsi en amont, au sein du raisonnement emprunté par le juge communautaire de première instance, au niveau de l'analyse de l'articulation des deux ordres juridiques en conflit. Sans revenir sur cette question, il importe toutefois d'ajouter que le Tribunal s'est d'une certaine manière auto-censuré ou auto-limité, dans la mesure où la question principale qui lui était posée relevait bel et bien dans son champ de compétence. Au demeurant, le subterfuge ne l'a guère mené bien loin, tous les développements qui s'y en découlent souffrent malheureusement d'incohérence. Ne parvenant pas à démontrer en quoi la méconnaissance du droit à la propriété privée, du droit d'être entendu et du droit à un recours juridictionnel effectif relève du *jus cogens*, il est amené à rejeter un à un les griefs invoqués sans apporter de plus amples précisions sur leur prétendue contrariété avec le droit impératif (44).

Notons, en outre, que c'est sur cette partie de l'arrêt, unanimement critiquée, que portait la plupart des griefs des parties défenderesses et c'est elle également qui conduisait le Royaume-Uni à former un pourvoi incident sollicitant l'annulation des dispositions relatives au *jus cogens*.

La Cour, dans son arrêt du 3 septembre 2008, remet en quelque sorte les « pendules à l'heure » en affirmant sa compétence pour contrôler la légalité du règlement litigieux au regard du Traité CE, qui établit un système complet de voies de recours destiné à permettre au juge communautaire d'exercer son contrôle sur la légalité des actes des institutions. Elle rappelle, à cet effet, que « le respect des droits de l'homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires soumis au contrôle de la Cour » (45) et que les obligations découlant des accords internationaux ne sauraient porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, parmi lesquels figure celui du respect des droits fondamentaux (46). Elle constate *in fine* que les mesures de gel de fonds prévues par le règlement communautaire violent les droits fondamentaux des requérants notamment le droit d'être entendu, le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit au respect de la propriété (47).

On ne peut que se réjouir de ce retour à une application correcte du droit, le juge communautaire étant avant tout le gardien des droits fondamentaux sur la base desquels il évalue la conformité des actes des institutions.

Néanmoins, l'arrêt de la Cour nous laisse sur notre faim pour ce qui est du contrôle, par voie d'exception, des résolutions onusiennes.

### **Le *jus cogens*, fondement possible du contrôle des résolutions du Conseil de sécurité**

Si le recours par le Tribunal de première instance au *jus cogens* pour contrôler la légalité du règlement communautaire nous paraît inopportun et mal fondé, le renvoi aux normes impératives pour fonder le contrôle incident de légalité de la résolution onusienne témoigne d'une position qui, pour être audacieuse et inédite, n'est pas dénuée d'intérêt. Rares sont les juridictions internationales (48) qui ont accepté, expressément, de le faire. Rappelons, d'ailleurs, qu'il n'existe pas de juridiction compétente pour exercer un contrôle direct, par voie d'action (49), sur les actes du Conseil de sécurité et que la CIJ elle-même, pourtant organe juridictionnel principal de l'ONU, a clairement refusé de jouer ce rôle en affirmant dans son avis consultatif relatif à la Namibie qu'elle ne dispose pas « de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies » (50). Cependant, dans ce même avis, la Cour a accepté de contrôler, par voie d'exception (51), la légalité de la résolution litigieuse, en déclarant que « les décisions prises par le Conseil de sécurité aux paragraphes 2 et 5 de la résolution 276 (1970) [...] ont été adoptées conformément aux buts et aux principes de la Charte et à ses articles 24 et 25 » (52). Dans une autre affaire (53), elle a été amenée à vérifier si les dépenses autorisées par des résolutions du Conseil de sécurité étaient conformes aux buts de l'Organisation, appréciant de ce fait la conformité des résolutions en cause au droit de la Charte. Mais, on ne saurait en tirer un argument définitivement décisif. La jurisprudence de Cour n'apparaît pas parfaitement explicite sur le sujet et il semble, par ailleurs, relativement clair qu'elle ne souhaite pas s'aventurer outre mesure sur ce terrain épineux tant les enjeux sont élevés. S'agissant d'affaires contentieuses, la Cour se montre extrêmement prudente malgré l'activisme de certains juges (54) en faveur d'un contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité. Il faut cependant souligner que son hésitation est moindre lorsqu'elle exerce sa mission dans le cadre d'un avis consultatif (55).

C'est dans ce contexte d'incertitude, voire d'obstruction au contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité, que l'initiative du TPICE doit être saluée (56). Et ce d'autant plus que la résolution en cause, portant sanctions économiques à l'encontre de responsables « présumés » du financement du terrorisme (57), menaçait effectivement certains droits fondamentaux reconnus universellement et protégés dans l'ordre communautaire. Aussi, la position du Tribunal semble-t-elle non seulement répondre aux inquiétudes relatives à la place des droits fondamentaux face la « frénésie » de la lutte contre le terrorisme, mais en outre respecter le droit international qui pose des limites au pouvoir du Conseil de sécurité en conditionnant la validité de ses actes à leur conformité aux normes impératives (58).

Néanmoins, le Tribunal, tout en admettant sa compétence, n'a relevé aucune contrariété entre le règlement - et, par son truchement, la résolution - et les droits fondamentaux. Le contraire aurait certainement conduit à l'annulation du règlement litigieux. *Quid*, en revanche, de la résolution onusienne ? Si son éviction de l'ordre juridique international par la juridiction communautaire est exclue, il n'empêche que son inapplication dans l'ordre communautaire emporterait de graves conséquences concernant l'effectivité des actions du Conseil de sécurité ainsi que pour la cohérence de l'ordre

juridique international.

La Cour, quant à elle, n'a pas souhaité prendre partie sur cette question. Elle s'est refusée toute compétence pour contrôler, même indirectement, la légalité de la résolution en affirmant que « le contrôle de légalité devant ainsi être assuré par le juge communautaire porte sur l'acte communautaire visant à mettre en oeuvre l'accord international en cause, et non sur ce dernier en tant que tel » (59). Elle énonce surtout qu'il n'incombe 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* » (60). La retenue de la Cour sur cette question est tout à fait révélatrice de la délicatesse de la problématique du contrôle juridictionnel des actes du Conseil de sécurité, exposée ci-dessus. En s'alignant sur la position majoritaire déniait tout pouvoir de contrôle, elle renforce l'idée de l'immunité juridictionnelle des résolutions alors que rien dans la Charte elle-même ne vient appuyer cette idée.

Non seulement la Cour écarte toute compétence de contrôle de légalité de la résolution du Conseil de sécurité, mais elle esquivé également le débat sur le *jus cogens* en déclarant *in fine* qu'« il n'y a plus lieu d'examiner les griefs dirigés contre la partie des arrêts attaqués relative au contrôle du règlement litigieux au regard des règles de droit international relevant du *jus cogens* et, partant, il n'est pas non plus nécessaire d'examiner le pourvoi incident du Royaume-Uni sur ce point » (61). La lecture de ce passage donne l'impression d'une certaine gêne de la Cour face à l'utilisation du *jus cogens*. Ne souhaitant pas contribuer, à l'instar d'autres juges internationaux, à sa consécration formelle, elle admet pourtant l'existence d'une « norme supérieure relevant de l'ordre juridique communautaire ». Ne pourrait-on y lire une référence implicite à un *jus cogens* régional découlant des principes généraux du droit communautaire ?

En définitive, en déclarant le règlement communautaire contraire au respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont protégés par le droit communautaire, la Cour s'est autorisée à apprécier, *de facto*, la légalité de la résolution du Conseil de sécurité. L'annulation du règlement litigieux traduit l'intransigeance de la Cour en matière de protection des droits fondamentaux. Toutefois, dans le même temps, l'ajournement des effets de sa décision traduit sa parfaite connaissance des conséquences de l'annulation du règlement communautaire, qui est un acte d'exécution d'une obligation onusienne mais aussi un acte de coopération entre deux ordres juridiques ayant des objectifs et des intérêts communs.

#### Mots clés :

**COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE ET UNION EUROPÉENNE** \* Droit communautaire \* Ordre public communautaire \* Nations Unies \* Terrorisme \* Droits fondamentaux  
**DROIT ET LIBERTÉ FONDAMENTAUX** \* Droit communautaire \* Ordre public communautaire \* Nations Unies \* Terrorisme \* Droits fondamentaux  
**TERRORISME** \* Répression \* Nations Unies \* Ordre public communautaire \* Droits fondamentaux  
**DROIT PENAL INTERNATIONAL** \* Terrorisme \* Nations Unies \* Ordre public communautaire \* Droits fondamentaux

(1) CJCE, Gde Chambre, 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P.

(2) *Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil*, aff. T-315/01 et *Ahmed Ali Yusuf*, aff. T-306/01.

(3) D. Simon, F. Mariatte, Le Tribunal de Première Instance des Communautés : professeur de droit international ?, Europe, n° 12, 2005, p. 6-10 ; H. Labayle, Architecte ou spectatrice ? La Cour de Justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice, RTD eur. 2006. 1-36 ; N. Lavranos, UN sanctions and judicial review, Nordic journal of international law, n° 76, 2007, p. 1-17. V. aussi les obs. de C. Tomuschat, Case law, Common Market Law Review, n° 43, 2006, p. 537-551 ; D. 2006. Pan. 1649, obs. M-H. Gozzi.

(4) Comité instauré par la résolution 1267 (1999) du Conseil de sécurité. Il a pour mission d'identifier « les fonds et autres ressources financières tirés notamment des biens appartenant aux taliban ou contrôlés directement ou indirectement par eux, ou appartenant à, ou contrôlés par, toute entreprise appartenant aux taliban ou contrôlée par les taliban » (§ 4, sous b). En vertu de la même résolution, les États membres des Nations Unies doivent geler les fonds et les ressources financières des personnes et entités telles qu'identifiées par le comité des sanctions (§ 6, sous e).

(5) Lire sur ce point, le commentaire de D. Simon et A. Rigaux, Le jugement des pourvois dans les affaires *Kadi* et *Al Barakaat* : *smart sanctions* pour le Tribunal de première instance, Europe, n° 11, nov. 2008, Étude n° 9.

(6) Pour une bibliographie, V. *Les rapports entre les organisations universelles et les organisations régionales : bibliographie*, Bibliothèque du Palais de la Paix, Centre d'études et de recherches de l'Académie de droit international de La Haye, 1963 ; *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de Bordeaux, SFDI, A. Pedone, Paris, 1977.

(7) M. Virally, Les relations entre organisations régionales et organisations universelles in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de Bordeaux, SFDI, op. cit., p. 147.

(8) L. Dubouis, Les rapports du droit régional et du droit universel in *Régionalisme et universalisme*, op. cit., p. 266.

(9) TPI, *Kadi*, préc., point 181.

(10) En effet, la doctrine est unanime, sur la base des travaux préparatoires de la Charte, la pratique du Conseil de sécurité et la jurisprudence de la CIJ. Pour un commentaire de l'art. 103 de la Charte, A. Toublanc, L'article 103 et la valeur Juridique de la Charte des Nations Unies, RGDIP 2004. 439-462 ; J.-M. Thouvenin, Article 103, in J.-P. Cot, A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Tome II, 3<sup>e</sup> éd., Economica, Paris, 2005, p. 2133- 2147.

(11) TPI, *Kadi*, préc., points 181-184.

(12) *Ibid.*, point 192.

(13) *Ibid.*, points 194-203.

(14) H. Labayle, Architecte ou spectatrice ? La Cour de Justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice, op. cit., p. 40.

(15) Sur la question de l'opposabilité de la Charte aux non-membres de l'ONU, V. le débat relatif à une éventuelle valeur constitutionnelle de la Charte : R. Chemain et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale ?*, Pedone, 2006 ; S. Szurek, La Charte des Nations Unies. Constitution mondiale ?, in J.-P. Cot et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, op. cit., p. 29-68 ; A. Toublanc, L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies, RGDIP 2004. 439-462 ; G. Cahin, Droit de la Charte et coutume internationale, in J.-P. Cot et A. Pellet (dir.),



*La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 83-109 ; P.-M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public, RCADI, 2002, vol. 297, p. 215-244 ; M. Virally, L'ONU devant le droit, in *Le droit international en devenir, essais au fil des ans*, PUF, Paris, 1990, p. 261 ; V. Bore Eveno, Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de sécurité : vers un constitutionnalisme international ?, RGDIP 2006. 827-860.

(16) Sous réserve du domaine du maintien de la paix, attribué exclusivement au Conseil de sécurité.

(17) Présentées le 16 janv. 2008, aff. C-402/05 P, point 21.

(18) *Ibid.*, point 24.

(19) CJCE 3 sept. 2008, aff. C-402/05 P et C-415/05, point 299.

(20) *Ibid.*, point 300.

(21) « L'une des manifestations les plus importantes de cette constitutionnalisation est incontestablement l'élaboration d'un système de protection des droits fondamentaux », V. J. Rideau, Le rôle de l'Union européenne dans la protection des droits de l'homme, RCADI 1997, vol. 265, 1999, p. 356 s.

(22) Point 303.

(23) Point 308.

(24) Point 301 et 302.

(25) CJCE 30 juill. 1996, *Bosphorus c/ Minister for Transport, Energy and Communications et autres*, aff. C-84/95. Dans cette affaire, la Cour était saisie d'une demande d'interprétation de l'art. 8 du règlement communautaire 990/93 par la *Supreme Court of Ireland*. Ce règlement mettait en oeuvre une résolution du Conseil de sécurité prévoyant des sanctions à l'encontre de l'ex-République fédérale de Yougoslavie. Un aéronef appartenant à une société Yougoslave et loué par la société Bosphorus avait été saisi en Irlande en application du règlement. La société requérante invoquait la violation du droit au respect des biens et au libre exercice d'une activité commerciale. La Cour affirme que ces droits « n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues et que leur exercice peut faire l'objet de restrictions justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté » (point 21).

(26) Le terme est emprunté à M<sup>me</sup> L. Boisson de Chazournes, « Relations entre organisations universelles et organisations régionales », Cours donné à l'Académie de droit international de La Haye, août 2008, à paraître dans la collection des cours de l'Académie de droit international de La Haye.

(27) Tribunal constitutionnel fédéral, 29 mai 1974, *Internationale Handelsgesellschaft (Solange I)* ; Tribunal constitutionnel fédéral, 22 oct. 1986, *Wünsche (Solange II)* ; Tribunal constitutionnel fédéral, 7 juin 2000 (*Solange III*). Dans le premier arrêt, le juge allemand considère qu'il demeure compétent pour contrôler la constitutionnalité du droit communautaire dérivé, *aussi longtemps* que le droit communautaire n'offrirait pas une protection des droits fondamentaux équivalente à celle assurée par la loi fondamentale. Dans le second arrêt, en revanche, il a estimé que le droit communautaire offrait bien une protection équivalente à la loi fondamentale et qu'aussi longtemps que cette protection existerait, il n'aura plus à exercer son contrôle.

(28) CEDH 9 févr. 1990, req. n° 13258/87.

(29) CEDH 30 juin 2005, req. n° 45036/98.

(30) Après avoir été déboutée devant la CJCE en 1996, la société Bosphorus a introduit un recours devant la CEDH le 25 mars 1997 alléguant la violation de l'art. 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 garantissant le droit de propriété.

(31) Point 155.

(32) Pour un commentaire de l'arrêt *Bosphorus* de la CEDH, V. not., F. Kauff-Gazin, L'arrêt *Bosphorus* de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux, LPA 24 nov. 2005 ; F. Sudre, La « conventionnalité » du système communautaire de protection des droits fondamentaux, JCP 2005. II. 10128 ; D. Szymczak, La Cour européenne des droits de l'homme et le contrôle des actes d'application du droit communautaire - Observations sous l'arrêt *Bosphorus Hava* du 30 juin 2005, JCP Administrations et Collectivités territoriales, 12 sept. 2005, 1311 ; N. Lavranos, UN sanctions and judicial review, *Nordic journal of international law*, 76, 200, p. 1-17.

(33) CEDH 30 juin 2005, req. n° 45036/98.

(34) Point 256 de l'arrêt de la CJCE du 3 sept. 2008.

(35) Point 319.

(36) « Parce que la procédure de réexamen est diplomatique et non juridictionnelle, que chacun des États y dispose d'un droit de veto, que les individus ne peuvent y accéder que par l'intermédiaire de leur gouvernement, que la procédure ne prévoit à aucun moment que leur soient communiqués les éléments justifiant leur inscription sur une liste noire, la procédure onusienne viole incontestablement les droits de la défense », V. M. Gautier, Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux : le droit international sous la surveillance de la CJCE, JCP. II. 10186.

(37) Point 322.

(38) Point 326, nous soulignons.

(39) La question est des plus actuelles depuis que le pouvoir normatif et de sanction de l'organe « exécutif » des Nations Unies voit son activité s'intensifier, notamment, sur la base d'une interprétation toujours plus large des attributions qu'ils tirent du chapitre VII. Sur cette question, *infra*.

(40) CJCE 23 avr. 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, point 23.

(41) Aff. *Kadi*, point 219.

(42) *Ibid.*, point 225.

(43) *Ibid.*, point 226.

(44) Il est de surcroît permis d'interroger sur la nature présumée *jus cogens* des violations invoquées, notamment en ce qui concerne la violation du droit à la propriété, sachant que des restrictions à ce droit sont généralement admises en droit interne pour des raisons d'ordre public. La remarque n'est pas sans lien avec la question de l'identification des normes impératives et, plus particulièrement, de la hiérarchisation des droits de l'homme. La difficulté est alors d'identifier le noyau dur des droits pour lesquels aucune dérogation n'est permise.

(45) *Kadi*, point 284.

(46) *Ibid.*, point 285.

(47) Il convient de noter que dans une affaire similaire mettant en cause deux ressortissants belges, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a estimé que les sanctions économiques prises par la Belgique, en vertu d'un règlement communautaire pris pour l'exécution des résolutions du Conseil de sécurité, emportaient violation de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (droit de circuler librement) et de l'article 17 du même pacte (droit à une protection contre les atteintes illégales à son honneur et à sa réputation). En revanche, le Comité n'a pas retenu la violation du droit à un procès équitable, du droit à un recours utile et des garanties procédurales, ni la violation des principes de présomption d'innocence et de légalité des peines. Décis. du 22 oct. 2008, n° CCPR/C/94/D/1472/2006.

(48) V. not. l'arrêt rendu le 2 oct. 1995 par la chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadic*. Ce dernier avait soulevé l'exception d'incompétence du TPIY fondée sur l'illégalité de son acte constitutif, à savoir la résolution 827 du Conseil de sécurité. La chambre d'appel avait alors accepté de répondre à cette exception en acceptant de contrôler la légalité des résolutions 808 et 827 (1993) du Conseil de sécurité ayant créé le TPIY et l'ayant doté d'un statut. V. également la décision de la chambre de 1<sup>re</sup> instance II du TPIR, *Le Procureur c/ Kanyabashi* du 18 juin 1997.

(49) Recours dont l'objet principal est d'examiner la légalité d'une norme.

(50) Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, Rec. CIJ 1971, p. 53, point 115.

(51) Contrôle incident effectué à l'occasion d'un procès et tendant à écarter l'application de la norme litigieuse du procès en cours.

(52) Point 115 de l'avis de la CIJ.

(53) Certaines dépenses des Nations Unies (art. 17, § 2 de la Charte), avis consultatif du 20 juill. 1962, Rec. CIJ 1962, p. 179.

(54) V., not., Déclaration commune des juges Bedjaoui, Ranjeva et Koroma, arrêt du 27 févr. 1998, CIJ Rec. 1998, p. 46 ; M. Bedjaoui, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité*, Bruylant, Bruxelles, 1994 ; du même auteur, Un contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité est-il possible ?, in *SFDI, Colloque de Rennes, le chapitre VII de la Charte*, A. Pedone, Paris, 1995, p. 255-297 ; M. Manouvel, *Les opinions séparées à la Cour internationale. Un instrument de contrôle du droit international prétorien par les États*, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 233-345.

(55) V., dans le même sens, O. Fleurence, *La réforme du Conseil de sécurité. L'état du débat depuis la fin de la guerre froide*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 278-287.

(56) Même si, en définitive, il conclut que les résolutions en cause du Conseil de sécurité ne violaient pas les droits fondamentaux.

(57) D'ailleurs, la multiplication de ce nouveau type de résolutions du Conseil de sécurité à la suite des attentats du 11 septembre n'a pas manqué d'alerter la doctrine quant au développement de son pouvoir « normatif », renforçant l'idée de la nécessité d'un contrôle de légalité. V. L. Condorelli, Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ?, RGDIP 2001. 829-848. Et du même auteur, Le pouvoir législatif du Conseil de sécurité des Nations Unies, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 122-1239 ; C. Denis, *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité : portée et limites*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 133 s. ; S. Szurek, La Charte des Nations Unies. Constitution mondiale ?, in J.-P. Cot et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 55.

(58) Sur les atténuations apportées à la liberté d'agir du Conseil de sécurité, V. R. Kolb, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle - Bruxelles, 2009, p. 114-121 et 170-183.

(59) Point 286.

(60) Point 287.

(61) Point 329.