

Les Cahiers de droit



SIMONETTA STIRLING-ZANDA, *L'application judiciaire du droit international coutumier — Étude comparée de la pratique européenne*, Zurich, Schulthess Juristische Medien SA, 2000, 326 p., ISBN 3 7255 4057 8.

Alain Vallières

Volume 43, Number 2, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043711ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043711ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Vallières, A. (2002). Review of [SIMONETTA STIRLING-ZANDA, *L'application judiciaire du droit international coutumier — Étude comparée de la pratique européenne*, Zurich, Schulthess Juristische Medien SA, 2000, 326 p., ISBN 3 7255 4057 8.] *Les Cahiers de droit*, 43(2), 351–355. <https://doi.org/10.7202/043711ar>

Chronique bibliographique

SIMONETTA STIRLING-ZANDA, *L'application judiciaire du droit international coutumier – Étude comparée de la pratique européenne*, Zurich, Schulthess Juristische Medien SA, 2000, 326 p., ISBN 3 7255 4057 8.

Deux détails doivent attirer l'œil du lecteur canadien qui prend ce livre en main. En premier lieu, c'est une publication de l'Institut suisse de droit comparé, dont la signature est toujours une garantie de qualité, la réputation internationale de cet institut n'étant plus à faire. Le second élément que nous tenons à souligner est le sous-titre. En effet, si le livre s'intitule : *L'application judiciaire du droit international coutumier*, une précision est apportée en ce qu'il s'agit d'une « étude comparée de la pratique européenne ». Les chercheurs canadiens devront tenir compte de cet aspect pour décider de l'intérêt de ce volume.

Le sujet est ambitieux et complexe, car sa fluidité même et le champ d'étude annoncent un travail de recherche important sinon colossal. L'Europe se compose en effet de plusieurs pays dont certains possèdent des tribunaux supérieurs très actifs dans tous les domaines. Cette étude démontrera d'ailleurs l'importance de l'activité de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Le caractère flou de la définition de la coutume internationale est accompagné par une imprécision dans sa détermination par les tribunaux nationaux. Or, comme l'indique l'auteure, « l'exécution par l'État de ses obligations internationales acquiert une valeur complémentaire si elle peut être comprise par les autres États comme étant l'exécution d'une obligation juridique » (p. 1). Les tribunaux dans leur exercice juridique peuvent

jouer un rôle important pour ce qui est de l'appréhension du contenu des coutumes internationales par l'expression qu'ils en font et devraient donc normalement en permettre une meilleure compréhension. Dans cette optique, l'auteure indique avoir « voulu démontrer comment l'exercice de la compétence judiciaire nationale dans l'application du droit coutumier peut elle aussi apporter une contribution en ce sens ». Elle a aussi voulu « démontrer dans quelles mesures et dans quelles limites cette compétence peut s'exercer en Europe et, dans un deuxième temps, [...] esquisser les bénéfices qui peuvent dériver de la publicité accordée à cette jurisprudence nationale » (p. 1). Il ne s'agit donc pas d'un travail d'évaluation de la pertinence ou du bien-fondé de la jurisprudence des pays. La tâche de l'auteure n'est pas ici de porter un jugement sur la bonne ou la mauvaise application des règles. Son exposé relève plutôt d'un exercice de droit comparé par lequel la situation du droit interne de plusieurs pays est étudiée.

La volonté de l'auteure d'aborder le sujet par la voie de l'application qui en est faite par les tribunaux influe naturellement de façon directe sur le plan du livre. La complexité de la matière et l'absence de décisions dans certains domaines auront un ascendant réel sur le contenu des chapitres, particulièrement sur le premier chapitre, qui est réservé à la typologie des applications du droit coutumier. C'est en fait une étude de la jurisprudence des tribunaux européens contenant des applications de droit coutumier non transformé en droit interne. Soulignons que ce livre ne débute pas par une partie théorique sur la définition des concepts de base qui se trouvera au chapitre suivant. L'auteure a tenu à mettre d'abord en lumière les différentes situa-

tions dans lesquelles les juges sont aux prises avec des problèmes de détermination du droit coutumier. Pour ce faire, elle a divisé ce chapitre en sept points, au fil desquels il est possible de voir une progression du questionnement. Les deux premiers points constitueront la première section et concernent les questions préalables et incidentes, dont les questions relatives à la situation internationale, telle la naissance d'un État. Même si le traitement est européen, le sujet s'avère intéressant pour les juristes canadiens qui connaissent épisodiquement des questionnements à cet égard. Il faut par ailleurs se souvenir que, dans un passé récent, les pays d'Europe ont connu la création de plusieurs entités. L'expérience est donc ici importante en fait de volume et de réflexion juridique. Le troisième point est consacré aux conflits de compétence juridictionnelle ; le quatrième comprend le problème d'immunité de juridiction et d'exécution, alors que les trois derniers touchent l'État lui-même, puisqu'il s'agit d'étudier les situations dans lesquelles l'État a adopté des moyens de droits nationaux, les relations fédérales, et la responsabilité de l'État à la lumière du droit international.

Dans les 83 pages suivantes, la docteure Stirling-Zanda exposera donc la jurisprudence des pays européens dans divers domaines. Les premières lignes consacrées aux mesures préalables pourront ressembler quelque peu à une étude de droit substantif, car dans certains domaines le tribunal devra en premier lieu définir l'acte accompli pour décider de sa compétence. L'étude débute par les actes de piraterie, de terrorisme et de trafic de stupéfiants et se poursuivra avec d'autres sujets tout aussi intéressants et d'actualité tels que les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix. L'exposé présente quatre caractéristiques. Premièrement, l'auteure a cherché fort heureusement à éviter de rédiger un inventaire des décisions nationales. Elle a ainsi synthétisé le droit sur les domaines abordés en procédant par renvoi dans des notes de bas de page aux jugements nationaux. Les décisions importantes s'y trouvent ainsi sous le

nom des pays. De la sorte, le chercheur pourra se tourner facilement vers la source première. De plus, de nombreux extraits des décisions citées sont reproduits dans les notes, permettant de la sorte aux lecteurs ne disposant pas, par exemple, des recueils néerlandais de jurisprudence mais ayant les compétences linguistiques nécessaires de connaître tout de même la *ratio*. Deuxièmement, de ce procédé découle une autre constatation : cette partie étant constituée de deux composantes d'égale importance, nous serions presque tenté d'affirmer qu'il y a deux livres en un seul. La jurisprudence pouvant en effet être abondante sur un sujet, les notes de bas de page occuperont parfois plus d'espace sur une page que le traitement du sujet par l'auteur. Il arrive, à quelques occasions, qu'une page se compose de deux lignes d'exposé et le reste de références. Nous avons même trouvé une page entière de notes de bas de page ! Cet aspect du traitement force en fait à admirer le travail de recherche de l'auteure. Troisièmement, une des conséquences de la méthode de travail adoptée est l'inégalité des sections en termes quantitatifs. En l'absence de décisions nationales, l'exposé est limité, voire, en certains cas, ramené à la portion congrue. La description du droit sur les minorités n'occupe ainsi que deux lignes. Quatrièmement, la même dépendance à l'égard du droit national provoque un certain phénomène : l'existence de sections consistant plus en un questionnement qu'en un exposé de connaissances. Les questions ainsi soulevées le sont d'ailleurs quelques fois comme le ferait une méthode de rhétorique pour démontrer les lacunes dans la réflexion des juges nationaux. Cependant, quelle est l'utilité de procéder à une division aussi importante lorsque l'absence de matériel ne permet pas un développement véritable du sujet annoncé dans le titre ? Le traitement du domaine de l'extradition se révèle ainsi exceptionnel par sa précision, alors que les lignes réservées aux droits fondamentaux dans l'administration du droit des individus migrants (8 lignes et demie) ne servent qu'à dénoncer l'existence de questions troublantes au regard des droits de la personne (p. 75).

Ce premier rapport aura en définitive pour effet de démontrer la différence d'utilisation faite de la coutume internationale par les tribunaux nationaux. L'auteure le résume parfaitement dans sa conclusion partielle en indiquant que la Suisse, les Pays-Bas, l'Allemagne et l'Italie font une application judiciaire immédiate du droit coutumier qui figure abondamment dans la jurisprudence. Ils appliquent ce droit avec la même confiance que s'il s'agissait du droit national (p. 87). À l'inverse, seules quelques décisions impliquant le droit humanitaire ou l'immunité apparaissent dans les pays nordiques, le Portugal, l'Espagne et la Grèce. Il existe donc plusieurs réticences à l'utilisation du droit coutumier international auxquelles les chapitres suivants auront pour objet d'obvier en guidant les prétoires par un exposé de connaissances théoriques.

Le deuxième chapitre, intitulé « Les questions qui se posent au juge », consiste en un développement sur les différents aspects du droit international coutumier. La définition de la coutume s'y trouve dès les premières lignes, suivie de réflexions importantes sur l'*opinio juris* qui en est une composante essentielle. Il serait ainsi tentant d'affirmer que c'est en fait le véritable premier chapitre de ce livre dans lequel l'auteure expose sa thèse, le précédent n'ayant en quelque sorte servi qu'à démontrer les besoins de ce qui devait suivre. Tout le deuxième chapitre étant un exposé sur le contenu du droit coutumier, il ne pourra qu'être intéressant pour le lecteur canadien. Ce dernier y lira les réflexions essentielles relativement à l'incertitude sur le contenu du droit coutumier et le moment où la règle est formée (p. 100-103) et sur les relations entre la loi interne et le droit coutumier (p. 104-112). Le troisième chapitre pourra toutefois se révéler d'une utilité plus limitée pour le juriste canadien puisque l'auteure y fait une description de l'appartenance du droit coutumier au droit positif interne des pays européens (p. 115-155). Or, les principes théoriques en ce domaine ont déjà été étudiés dans les pages précédentes, et l'auteure se contente alors d'inventorier la situation nationale de quelques pays d'Europe. L'ana-

lyse débute par une étude des références constitutionnelles au droit international coutumier qui constituent la porte d'entrée principale des normes internationales (p. 115-125). Leurs effets sur les décisions des tribunaux sont également remis en question. Toutefois, même en présence d'ordonnances constitutionnelles sur l'application du droit coutumier en droit interne, se pose un autre problème qui est celui de la connaissance par les tribunaux des règles appartenant au droit positif interne (p. 129). Quelques exemples de jurisprudence nationale européenne serviront à faire connaître la situation qui règne véritablement. Deux autres questions importantes se posent au juge lorsqu'il doit appliquer les normes de droit international dans le forum national. Il lui faut, en premier lieu, décider de leur applicabilité directe dans le pays, la réponse étant d'ailleurs souvent différente pour le droit conventionnel et le droit coutumier, et, en second lieu, préciser le rang dans le droit interne qui pourra être déterminant dans les situations d'incompatibilité avec les règles juridiques du pays. Rappelons que, si une réponse est apportée à ces questions, elle l'est encore une fois sous l'angle du droit national des pays d'Europe puisqu'il s'agit, somme toute, d'une interrogation nécessitant une réponse de droit constitutionnel.

Les règles adoptées dans les pays sur l'utilisation des normes internationales ne sont toutefois pas suffisantes pour connaître leur place véritable. L'auteure a donc décidé d'étudier au quatrième chapitre ce qu'elle a qualifié de mécanismes mis en place dans les différents systèmes permettant ou empêchant plus ou moins directement les cours de connaître des questions de droit international (p. 157-194). Bien que ce chapitre soit intitulé : « Les moyens de la garantie judiciaire du droit coutumier », il nous semble plus exact de résumer le contenu des pages qui suivent en indiquant que c'est une étude de la compétence *ratione materiae* de l'action judiciaire. L'auteure cherchera donc à vérifier dans quelle mesure les juges peuvent apprécier les lois nationales au regard du droit coutumier (p. 157-168) et juger l'action de

l'exécutif (p. 168-174), y inclus les actes administratifs dans la pratique (p. 174-184). Il faut toutefois garder à l'esprit que le tribunal national évolue dans un contexte particulier puisqu'il s'agit de questions à répercussions internationales. Dans ce contexte, si les normes qu'il doit appliquer sont internationales, il peut aussi lui être demandé d'évaluer les effets de lois ou d'actes d'autres pays. La question est complexe et, cela est évident, peut facilement mettre un juge mal à l'aise, car les prétoires doivent apprécier les actes d'États étrangers (p. 184-192). Les juges auront ainsi à décider des effets du droit d'un État tiers dans le pays du for. L'auteure aborde naturellement cet aspect du travail des prétoires en étudiant notamment les situations de nationalisation. La réponse à cette question est toutefois encore nationale puisqu'il convient d'analyser l'approche des juges nationaux quant aux effets du droit étranger sur leurs décisions. Cette partie est donc plus de la nature du droit international privé que public. Le cinquième chapitre aborde d'autres aspects fluides des limites de la compétence des tribunaux (p. 195-224), qui nous semblent être une suite logique des pages précédentes. Comment, en effet, ne pas imaginer que les décisions touchant de près les relations internationales de l'État ne puissent subir l'influence de cette facette particulière (p. 196-201). La preuve difficile (p. 201-204) et le malaise (p. 204-208) du juge pourront aussi avoir un effet sur la décision qu'il a juridiquement l'obligation de prononcer.

La démonstration précédente ayant pour objet de permettre une meilleure application du droit coutumier par les tribunaux nationaux, l'auteure a logiquement terminé son livre par un chapitre sur la décision interne en tant que contribution au fait coutumier. Il faut d'ailleurs se rappeler qu'elle a commencé son ouvrage en soulignant l'importance du rôle que peuvent jouer les tribunaux dans l'appréhension du contenu des coutumes internationales par l'entremise de l'expression qu'ils en font. Pour illustrer ses propos, elle a extrait de la pratique quelques décisions qui lui paraissaient particulière-

ment représentatives de la jurisprudence nationale de quelques pays. Elle a ainsi commenté des affaires récentes dans lesquelles des tribunaux ont eu à rechercher des preuves et à s'étendre sur des questions d'interprétation en vertu du droit international et du droit national. La première affaire est italienne et concerne l'interception d'un navire battant pavillon hondurien en eaux internationales d'après des renseignements étrangers suivant lesquels de la résine de cannabis y était transportée. Le tribunal national a donc eu à décider de la juridiction des autorités nationales en haute mer. La deuxième affaire vient d'Allemagne où, après la réunification, des gardes-frontières y ont été jugés pour les méthodes musclées qu'ils avaient utilisées afin d'empêcher les candidats transfuges de passer à l'Ouest. La question n'était pas simple puisque, au moment des événements, les actes commis pouvaient sembler légaux en vertu des lois de la République démocratique allemande. Le troisième arrêt vient de la Suisse où le Tribunal fédéral a été saisi d'une demande de saisie des biens des époux Marcos présentée par les États-Unis. Suit la quatrième décision peu connue puisqu'il s'agit d'une action intentée par un employé du Tribunal arbitral ayant siège aux Pays-Bas et établi par un accord entre l'Iran et les États-Unis. Les tribunaux néerlandais ont eu à décider de l'existence d'une immunité de juridiction pour un organe international n'ayant conclu aucun traité de siège relatif à ses privilèges et immunités. Les juges de ce pays, rompus au droit international il est vrai, ont reconnu une telle immunité en vertu du droit coutumier. La pénultième affaire vient de France. C'est l'affaire Touvier, célèbre dans ce pays, qui concerne le jugement d'un officier de la Milice française pour l'exécution de sept Juifs qu'il avait ordonnée durant la Seconde Guerre mondiale. La procédure avait été compliquée dans cette affaire par le fait que, en vertu d'une loi française, seuls les crimes contre l'humanité étaient imprescriptibles et, de ce fait, pouvaient donner lieu à une condamnation. La dernière décision, soit l'arrêt Pinochet du Conseil privé de la Reine, est de connaissance publique et

ne nécessite pas de commentaire. Cette partie est complétée par un exposé sur l'importance de l'articulation et de la publicité de la norme coutumière (p. 260-274).

L'approche de l'auteure a pour visée le développement de l'utilisation du droit coutumier par les tribunaux nationaux. Dans cette optique, elle conclut son ouvrage par l'énumération de sept principes pour aider au développement du droit international : 1) il est nécessaire que les États participent au développement du droit international ; 2) la transformation du droit coutumier en lois nationales ne doit pas empêcher les individus de demander la vérification de celles-ci au regard du développement du droit international ; 3) il faut retenir que le droit coutumier n'est pas statique ; 4) le droit international concerne aussi les individus ; 5) il est nécessaire de connaître les divers systèmes juridiques pour comprendre les mécanismes qui permettent la collaboration judiciaire interétatique ; 6) la prise en considération des intérêts de l'État tiers dans l'application du droit interne fait partie du devoir de solidarité des États ; et 7) la prise en considération des intérêts de l'ordre public international dans l'application du droit interne est possible.

Alain VALLIÈRES
Université Robert-Schuman

PAUL NIHOUL, **La concurrence et le droit – La position occupée par les entreprises, les consommateurs et les autorités**, coll. « Les Essentiels de la gestion », Colombelles, Éditions Ems, 2001, 299 p., ISBN 9-912647-57-6

Cet ouvrage s'intéresse à la place occupée par la concurrence dans la société, ses enjeux et l'évolution des règles de droit qui l'accompagne. L'approche privilégiée par l'auteur est particulièrement intéressante. Il propose une analyse intégrée du droit de la concurrence aux confins de ses trois composantes, soit les aspects stratégique (décisions par les firmes), économique (comportement sur les marchés) et juridique (intervention des autorités) :

Le choix repose sur une conviction. Le comportement humain est régi par une grande variété de règles. Parmi ces dernières, nous nous arrêtons généralement à celles qui sont adoptées par des autorités. D'autres formes de règles sont toutefois imposées, à partir d'autres sources normatives. Ainsi, la concurrence est, en elle-même, une source de règles. Elle impose aux entreprises des contraintes qui sont analogues, dans leurs effets, à celles résultant des règles adoptées par l'autorité, puisqu'elles obligent les entreprises à modifier leurs comportements pour se conformer à un idéal (p. 8-9).

L'objectif de l'auteur est de construire un langage commun à ces disciplines dans le domaine de la concurrence. Bien que l'ouvrage soit, *a priori*, consacré au droit français et au droit communautaire, son intérêt dépasse la frontière européenne. Les grandes tendances du droit de la concurrence – la concurrence loyale et la concurrence économique – y sont scrutées. De nombreuses incursions sont effectuées en droit américain. Ainsi, cet ouvrage est incontournable pour le juriste étranger qui désire avoir une vue d'ensemble du droit de la concurrence.

Notons que le caractère didactique de l'approche est prépondérant tout au long de l'ouvrage. Le corps du texte est ponctué de tableaux, de figures et d'encadrés présentant tour à tour des résumés de décisions ou encore des exemples tirés de l'actualité. L'ombragé et le gras sont largement utilisés et les questions importantes sont en exergue. L'ouvrage comporte en outre une synthèse à la fin de chaque chapitre et un résumé de l'avancée des travaux au début de chaque chapitre. Enfin, un glossaire et deux index permettent au lecteur d'apprivoiser rapidement l'outil.

Le plan de l'ouvrage est structuré en sept parties. Si l'approche est surprenante de la part d'un universitaire français, elle s'explique toutefois par le caractère pédagogique du travail. Les quatre premiers chapitres sont consacrés à la présentation de la situation des consommateurs et des entreprises, alors que les trois derniers concernent la place de l'autorité.