



HAL
open science

L'ordre public sans l'Etat (quelques remarques sur un oxymore en trompe-l'oeil)

Franck Latty

► **To cite this version:**

Franck Latty. L'ordre public sans l'Etat (quelques remarques sur un oxymore en trompe-l'oeil). Charles-André DUBREUIL (dir.). L'ordre public, Editions Cujas, pp. 21-31, 2013, ISSN 2107-2523. <halshs-04193823>

HAL Id: halshs-04193823

<https://shs.hal.science/halshs-04193823v1>

Submitted on 1 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

L'ORDRE PUBLIC SANS L'ETAT (QUELQUES REMARQUES SUR UN OXYMORE EN TROMPE-L'ŒIL)

Franck Latty
Professeur à l'Université Paris 13, Sorbonne Paris Cité

A première vue, la question de « l'ordre public sans l'Etat » conduit celui qui entreprend de l'examiner sur le terrain de la figure de rhétorique consistant à associer deux termes contradictoires : l'*oxymore*, dont « l'obscur clarté » dans *Le Cid* de Corneille constitue probablement l'illustration la plus fameuse¹. En effet, la notion d'ordre public est intrinsèquement liée à la figure de l'Etat. C'est dans son cadre qu'elle est apparue ; elle constitue un instrument aux mains de l'Etat pour assurer « dans et par le droit, la défense et la promotion des valeurs et des intérêts qui structurent et conservent l'organisation sociale »². Comme l'a relevé Alain Plantey, « le concept d'ordre public s'est établi à partir de l'appel à la puissance souveraine, auteur, garante et bénéficiaire de l'ordre social »³. Dans la théorie positiviste étatique, qui lie irrémédiablement droit et Etat⁴, la notion d'ordre public ne saurait être qu'étatique et sa protection ne relever que de l'Etat. Même en s'affranchissant de « l'illusion archaïque de l'identification de l'Etat et du droit »⁵, la contradiction demeure patente, tant l'épithète « public » renvoie à la figure tutélaire de l'Etat, censé incarner et défendre la *res publica*, par opposition à la multitude des intérêts privés divergents⁶.
22

Pourtant, l'observation sans dogmatisme des réalités juridiques au delà du cadre étatique laisse percevoir l'existence de ce qui s'apparente à des ordres publics non étatiques, dans les deux sens – « normatif » et « de police »⁷ – du terme. Certes la transposition au niveau interétatique ou transnational de concepts forgés dans l'ordre juridique interne doit se faire avec grande prudence⁸. Mais l'idée que les intérêts collectifs d'une société doivent être préservés tant matériellement que normativement connaît des manifestations indiscutables dans les sphères internationale et transnationale, où le monopole qu'a l'Etat au niveau interne pour garantir l'ordre public, en raison d'une répartition différente du pouvoir, ne se retrouve pas.

¹ Acte IV, scène 3 (« Cette obscure clarté qui tombe des étoiles / Enfin avec le flux nous fait voir trente voiles »). G. Abi-Saab n'hésite pas à employer l'oxymore de Corneille pour expliquer le flou associé aux dimensions multiples de l'ordre public : « La notion d' 'ordre public' est une de ces notions 'claires-obscurées' en droit dont la part de lumière ou d'ombre dépend largement du contexte dans lequel elle est appelée à agir » (« Avant-propos », in H. Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Bâle, Schulthess/LGDJ/Bruylant, 2005, p. v).

² P. Deumier, / Th. Revet, v^o « Ordre public », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Paris, Lamy-P.U.F., 2003, p. 1119.

³ A. Plantey, « Définition et principes de l'ordre public », in R. Polin (dir.), *L'ordre public*, Paris, PUF, 1996, p. 28.

⁴ V. par ex. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 2, Paris, Sirey, 1922, p. 490 (rééd. 2003, Dalloz).

⁵ Expression de F. Rigaux in F. Rigaux, R. Vander Elst, « Relations juridiques transnationales ou dialogue sur un autre droit », *Journal des tribunaux*, n^o 5 200, 1982, p. 234.

⁶ E. Picard, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 47-48.

⁷ J. Rivero, *Droit administratif*, 5^e éd., Précis, Paris, Dalloz, 1971, p. 386, cité par M.-J. Redor, « Ouverture », in M.-J. Redor (dir.), *op. cit.*, p. 11.

⁸ M. Virally, « Réflexions sur le *jus cogens* », *Ann. français de droit international*, 1966, p. 7.

Dans la société internationale, au sein de laquelle les rapports juridiques sont régis par le droit international public⁹, l'Etat demeure le sujet de droit principal en dépit de la prolifération des organisations intergouvernementales et des capacités juridiques grandissantes des personnes privées (individus, entreprises, organisations non gouvernementales). Certaines organisations internationales, l'ONU au premier rang, se sont vues confier des fonctions sécuritaires qui évoquent l'idée d'un ordre public « de police ». Au sens normatif du terme, l'idée d'ordre public s'exprime à travers la notion de normes impératives du droit international (*jus cogens*) ou, au niveau régional, par l'idée d'un ordre public européen de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁰. Cet ordre public international constitue un « ordre public sans l'Etat » dans la mesure où il n'est ni nécessairement déterminé ni imposé par l'Etat. Au contraire, il est opposable à l'Etat dont il va limiter la liberté souveraine de comportement. Car au niveau international, l'Etat agit moins dans l'intérêt général que dans la défense de ses intérêts nationaux, égoïstes, « privés » en somme¹¹, que la notion d'ordre public est de nature à canaliser. Ainsi parvient-on à la situation paradoxale dans laquelle les intérêts de la communauté internationale sont mieux défendus, voire incarnés, par des personnes privées (organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme, de l'environnement etc.) que par les personnes publiques par excellence que sont les Etats.

La décentralisation de la société internationale, sans être incompatible avec l'émergence d'un ordre public propre à la communauté des sujets du droit international, laisse par ailleurs le champ libre à l'autorégulation, y compris au moyen de mécanismes s'apparentant à ceux de l'ordre public, de communautés transnationales¹². En marge des sociétés étatiques et de la société internationale se sont effectivement développées des communautés transnationales privées (commerçants, églises, mouvement sportif) qui ont chacune mis en place un système normatif plus ou moins autonome dans ses modes *****23***** de formation et d'application : *lex mercatoria*, droit canonique, *lex sportiva* etc. S'y développe l'idée d'un ordre public propre à défendre les intérêts supérieurs de ces communautés de personnes privées, tandis que parallèlement y prend corps une forme de pouvoir de police, à travers l'exercice d'un authentique pouvoir disciplinaire.

L'ordre public a-étatique se manifeste donc au niveau extra-national. Il est l'un des avatars de la théorie du pluralisme juridique qui attache à chaque société organisée – chaque « institution » dirait Santi Romano¹³ – un ordre juridique correspondant. Si l'ordre public international et les ordres publics transnationaux se distinguent *a priori*, la question se pose en filigrane de l'émergence d'un ordre public mondial unitaire et des liens, lorsqu'est dépassée la sphère étatique, que nourrissent ordres publics matériel et normatif. L'influence, voire la place, de l'ordre public étatique dans l'épanouissement de ces ordres publics extra-nationaux ne doit pour autant pas être négligé.

Il apparaît que seul un examen superficiel de ces phénomènes juridiques extra- (ou a-) étatiques permet de « faire sortir » l'Etat de la notion d'ordre public. S'ils montrent bien des manifestations d'ordre public n'impliquant pas immédiatement la figure étatique, il ne s'agit que de *trompe-l'œil* tant l'Etat demeure omniprésent dans la détermination comme dans la mise en œuvre des ordres publics international et transnationaux, dans leur dimension tant normative (I) que matérielle (II).

⁹ P. Daillier / M. Forteau / A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2009, p. 43, n° 1.

¹⁰ V. H. Ruiz Fabri, « L'ordre public en droit international », in M.-J. Redor (dir.), *op. cit.*, pp. 85 et s. ; F. Sudre, « L'ordre public européen », *id.*, pp. 109 et s. *Adde infra* la contribution d'I. Moullet.

¹¹ J. Combacau, « Conclusions », in M.-J. Redor (dir.), *op. cit.*, pp. 428-429

¹² V. F. Latty, *La lex sportiva – Recherche sur le droit transnational*, coll. Études de droit international, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 619 et s.

¹³ Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 81.

I. LA DECONNECTION IMPARFAITE DE L'ETAT DES ORDRES PUBLICS NORMATIFS A-ETATIQUES

A. Un ordre public normatif international marqué par le modèle étatique

L'ordre public international est déconnecté des ordres publics nationaux, lesquels sont *a priori* sans pertinence dans la formation et l'identification des normes impératives du droit international. Il repose néanmoins sur des sources formelles directement ou indirectement interétatiques¹⁴ : Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁵, décisions de juridictions internationales, créées par les Etats, reconnaissant la valeur impérative de normes d'origine coutumière ou conventionnelle¹⁶, travaux de la Commission du droit *****24***** international des Nations Unies¹⁷ etc. Dès lors, ses racines interétatiques ne permettent pas de le considérer comme étant totalement émancipé des Etats, quand bien même la notion a pu prospérer alors que certains d'entre eux – on pense à la France – ont refusé de devenir partie à la Convention de Vienne justement à cause de la notion de *jus cogens* qu'elle consacre de manière jugée trop imprécise¹⁸.

L'idée même d'un ordre public international emprunte aux droits internes ; la Convention de Vienne, en sanctionnant de nullité les traités contraires au *jus cogens* a rompu avec la prévalence de la « conception contractuelle » du droit international¹⁹ pour y introduire une hiérarchie objective des normes, qui s'est par la suite répandue au-delà du seul droit des traités pour irriguer l'ensemble de l'ordre juridique international²⁰. D'un point de vue conceptuel, le *jus cogens* est la transposition analogique en droit international de la notion interne d'ordre public²¹. La parenté est évidente dans l'arrêt *Loizidou*, par lequel la Cour européenne des droits de l'homme a consacré un « ordre public européen », déclinaison régionale et centrée sur les droits fondamentaux du *jus cogens* universel²². Comme l'a montré Frédéric Sudre, bien que fondée sur le caractère objectif de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, l'affirmation de l'ordre public européen par la Cour a reposé sur la prise en compte du modèle *étatique* de société démocratique²³.

Si au niveau européen, la sanction des atteintes à l'ordre public normatif est globalement assurée, au plan universel force est de constater le hiatus, inexistant en droit interne, entre, d'une part, le développement de normes impératives et, d'autre part, l'absence d'organe centralisé permettant d'en garantir le respect. Comme on l'a relevé, « l'avancée normative constituée par l'affirmation d'un ordre public communautaire doit [...] se doubler pour être non seulement effective mais

¹⁴ H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, pp. 90 et s.

¹⁵ V. notamment art. 53 (Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »).

¹⁶ V. les décisions arbitrales et les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal de première instance des Communautés européennes et de la Cour internationale de Justice citées par P. Daillier / M. Forteau / A. Pellet, *op. cit.*, pp. 223-225, n° 125.

¹⁷ Sur la notion de crime international, un temps développée par la CDI dans le cadre de son projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, v. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, pp. 92 et s. Les *Articles* finaux de la CDI utilisent la notion de « violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international ». V. aussi l'analyse critique de G. Guillaume, « *Jus cogens* et souveraineté », in *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, pp. 130 et s.

¹⁸ V. G. Guillaume, *id.*, p. 136.

¹⁹ P. Daillier / M. Forteau / A. Pellet, *op. cit.*, p. 223, n° 125.

²⁰ V. D. Carreau / F. Marrella, *Droit international*, 11^e éd., Paris, Pedone, 2012, pp. 113 et s.

²¹ D. Carreau / F. Marrella, *id.*, pp. 113-114, n° 18 ; H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, p. 91.

²² V. D. Carreau / F. Marrella, *op. cit.*, p. 116, n° 27 et pp. 124-25, n° 51.

²³ F. Sudre, *loc. cit.*, pp. 117 et s.

surtout efficace, d'une centralisation institutionnelle »²⁴. A l'heure actuelle, le Conseil de sécurité des Nations Unies détient les pouvoirs et compétences aptes à assurer la sauvegarde de l'ordre public normatif – alors même que ses missions concernent le maintien de l'ordre public matériel²⁵. Signe que les deux dimensions de l'ordre public se rejoignent ponctuellement, ses actions au titre du maintien de la paix et de la sécurité internationales ont pu intervenir en réaction à des violations de l'ordre *****25***** public normatif (recours à la force, violation des droits de l'homme...) ²⁶. La place persistante de l'Etat tient moins, dans ce cas de figure, au modèle de l'ordre public qu'il propose, qu'à son rôle toujours déterminant dans la sécurité collective internationale²⁷.

B. Les ordres publics transnationaux normatifs à l'autonomie limitée

C'est essentiellement par la voie de la jurisprudence arbitrale et de la doctrine que l'idée d'un ordre public transnational s'est progressivement affirmée, tout d'abord dans le cadre de la *lex mercatoria*, puis, sur ce modèle, dans celui de la *lex sportiva*. Chaque communauté transnationale, celle des opérateurs du commerce international comme celle du sport, connaît son propre ordre public normatif distinct²⁸. Dans le domaine commercial, l'examen de la pratique arbitrale atteste que « les arbitres ont [...] le pouvoir de formuler des principes de caractère général dont ils ne trouvent pas nécessairement l'origine dans un texte national ou international, mais qui expriment une règle morale suffisamment acceptée par la communauté internationale pour constituer une norme dont la transgression ne peut être acceptée »²⁹. La *lex mercatoria* sécréterait ainsi un « ordre public de troisième type »³⁰, à côté des ordres publics étatiques et international, qui prohiberait par exemple la corruption, le trafic de drogue, le transfert illicite de biens culturels, etc. Dans le domaine sportif encore, le Tribunal arbitral du sport³¹, créé en 1983 par le Comité international olympique, rend de manière régulière des sentences arbitrales s'appuyant sur des principes généraux qui priment les règles des organisations sportives internationales qu'il est censé appliquer (principe des droits de la défense, principe de non discrimination, principe de fair-play, d'égalité entre les compétiteurs etc.). Cette « supra-légalité sportive »³² participe de l'édification d'un ordre public transnational sportif³³, au point que l'existence d'un « ordre public de la *lex sportiva* »³⁴ s'impose à l'esprit des observateurs.

L'autonomie de ces ordres publics normatifs transnationaux par rapport aux Etats demeure toutefois relative :

i) En premier lieu, les normes de droit étatique ou interétatique contribuent à alimenter le contenu des règles d'ordre public transnational. Certains principes *****26***** découlent en effet de la comparaison des droits nationaux puis de la transposition de la règle commune dans l'ordre

²⁴ P.-M. Dupuy / Y. Kerbrat, *Droit international public*, 10^e éd., Précis, Paris, Dalloz, 2010, p. 438, n° 412.

²⁵ V. *infra* II, A.

²⁶ D. Carreau / F. Marrella, *op. cit.*, pp. 125-126, n° 52 ; H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, pp. 105 et s.

²⁷ V. *infra* II, A.

²⁸ V. D. Carreau / F. Marrella, *op. cit.*, p. 114, n° 19.

²⁹ L. Matray, « Arbitrage et ordre public transnational », in J. C. Schultsz / A. Jan van den Berg (Ed.), *The Art of Arbitration : Essays on International Arbitration : Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982, p. 247.

³⁰ A. Court de Fontmichel, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 99.

³¹ V. M. Peltier, « Un arbitrage particulier : l'arbitrage des litiges sportifs », in Y. Strickler (dir.), *L'arbitrage. Questions contemporaines*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 115 et s.

³² G. Simon, « L'arbitrage des conflits sportifs », *Rev. Arb.*, 1995, p. 215.

³³ V. F. Latty, *op. cit.*, pp. 341 et s.

³⁴ V. E. Loquin, obs. sous TAS A/1820, *Stefan Schumacher c. Union cycliste internationale*, sentence du 22 janv. 2010, et sous TAS A/2268, *I. c. Fédération internationale de l'automobile*, sentence du 15 sept. 2011, in *Journal du droit international*, 2012, /1, pp. 371 et s.

transnational³⁵. Qui plus, l'ordre public transnational se nourrit largement des normes interétatiques : conventions contre la corruption, instruments internationaux de protection des droits de l'homme etc., au point que certains auteurs considèrent que « l'ordre public [transnational] s'inscrit dans le giron du droit international public coutumier »³⁶. Milite d'ailleurs en ce sens la sentence arbitrale *World Duty Free*, rendue dans le cadre du Centre international des différends relatifs aux investissements, qui s'est fondée sur l'ordre public transnational pour conclure à son incompétence. S'appuyant sur les ordres juridiques nationaux, sur une série de sentences arbitrales commerciales et tirant téléologiquement de diverses conventions internationales « *la volonté commune des Etats de lutter contre la corruption* » et leur « *condamnation de celle-ci* », le tribunal a en effet conclu à son incompétence pour juger un contrat entre un Etat et un investisseur étranger conclu à la suite d'un acte de corruption³⁷. Par ce syncrétisme, l'ordre public transnational déborderait le cadre de la *lex mercatoria* pour devenir *de lege ferenda* un ordre public universel, opposable aux Etats comme aux personnes privées.

ii) En second lieu, dans la mesure où les sentences arbitrales du commerce ou du sport sont susceptibles d'être contrôlées par les juridictions étatiques, notamment à l'occasion de recours en annulation ou de demandes d'*exequatur*, l'ordre public transnational remplit une fonction destinée à préserver l'autonomie de la communauté concernée. Ainsi, en imposant aux fédérations sportives les principes généraux de proportionnalité ou de respect des droits de la défense, le TAS s'est prémuni contre d'éventuelles annulations de ses sentences par le tribunal fédéral suisse, pour violation de l'ordre public *international* suisse³⁸. Car comme l'a constaté Mohammed Bedjaoui, « [l]es ordres sportifs sont en liberté certes ; mais en liberté toujours surveillée par l'ordre étatique »³⁹, affirmation qui vaut également lorsqu'est examinée la notion d'ordre public transnational dans le domaine extra-sportif. L'influence de l'ordre public transnational sur l'exception d'ordre public international devant le juge national, de même que l'internationalisation, sous l'influence du droit européen, de cette exception⁴⁰ tendrait toutefois à gommer les frontières entre les différentes conceptions de l'ordre public – et partant à universaliser le concept. ***27***

II. L'ILLUSION TROMPEUSE D'UN ORDRE PUBLIC DE POLICE A-ETATIQUE

A. L'ordre public international de police tributaire des Etats

Le système de sécurité collective mis en place par la Charte des Nations Unies constitue l'un des rares éléments de centralisation de la société internationale. La Charte a, en effet,

« établi une sorte de *contrat social international*, aux termes duquel chaque Etat membre [...] doit, d'une part, renoncer à l'usage de la force dans ses relations avec les autres Etats [...] ; d'autre part, contrepartie logique de cet abandon individuel, reconnaître à l'organe principal du maintien de la paix, le Conseil de sécurité, véritable agent de la sécurité

³⁵ V. E. Gaillard, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *Journal de droit international*, 1995, pp. 22 et s. ; F. Latty, *op. cit.*, pp. 305 et s.

³⁶ M. Forteau, « L'ordre public international face à l'enchevêtrement du droit international privé et du droit international public », *Journal du droit international*, 2011/1, t. 138, p. 28.

³⁷ CIRDI, *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, aff. n° ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006, spéc. §§. 138 et s.

³⁸ V. *infra* II, B.

³⁹ M. Bedjaoui, « Pour une nécessaire harmonie dans le couple singulier Droit et Sport », in *Conférence internationale Droit et Sport*, Lausanne, Tribunal arbitral du sport, 1994, p. 78.

⁴⁰ M. Forteau, « L'ordre public international face à l'enchevêtrement du droit international privé et du droit international public », *Journal du droit international*, 2011/1, t. 138, pp. 10 et s.

collective, les moyens de la coercition militaire nécessaire à l'accomplissement de sa mission de police internationale »⁴¹.

Par le mécanisme du chapitre VII, le maintien de l'ordre public international n'est pas censé relever des Etats mais d'un organe intégré autonome : le Conseil de sécurité, lequel, à partir de la notion de « menace à la paix et à la sécurité internationales »⁴² a façonné les contours de l'« ordre public sécuritaire »⁴³ dans la sphère internationale⁴⁴.

Pour diverses raisons dont l'évidence saute presque aux yeux, cet ordre public demeure indissociable de la figure étatique.

i) Tout d'abord, parce que le système de sécurité collective repose sur un traité – la Charte des Nations Unies –, produit de la rencontre de volontés étatiques. Toutefois, par la mise en place d'organes propres à l'ONU à qui sont confiées des compétences en matière de maintien de la paix et la sécurité internationales, l'exercice du pouvoir de police échappe dans une large mesure au consentement des Etats visés – hormis les cinq titulaires du droit de veto ; les rares Etats de la planète qui aujourd'hui ne sont pas membres de l'Organisation sont même susceptibles d'en être les destinataires⁴⁵, de même que des entités non étatiques⁴⁶.

ii) Ensuite, parce qu'il n'échappe à personne que le Conseil de sécurité est composé d'Etats. L'adoption de mesures de police et leur nature découlent d'un choix discrétionnaire du Conseil⁴⁷, conditionné par l'existence d'une majorité de neuf Etats parmi ses quinze membres et l'absence de veto de la part des cinq membres permanents⁴⁸. Pendant toute la période de la guerre froide (*e.g.* situations dans les territoires arabes occupés ou entre l'Inde et le Pakistan), et même encore à l'époque actuelle (Kosovo, Syrie, Israël/Palestine), cet impératif institutionnel a empêché le Conseil de remplir sa *****28***** fonction de gendarme de la communauté internationale. A l'inverse, en l'absence de veto, le Conseil parvient à s'acquitter de cette mission (guerre du Golfe de 1991, Libye etc.).

iii) Enfin, parce que la mise en œuvre des mesures de police de nature passe par les Etats. En particulier, les mesures militaires sont tributaires des forces des membres de l'ONU. Faute de disposer d'une armée permanente à sa disposition⁴⁹, le Conseil de sécurité doit se contenter d'*autoriser* les Etats membres à utiliser la force afin de maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales⁵⁰. Ce système d'autorisation « équiv[aut] davantage à une véritable délégation qu'à

⁴¹ P.-M. Dupuy / Y. Kerbrat, *op. cit.*, p. 659, n° 559 (italiques dans le texte).

⁴² Article 39 de la Charte des Nations Unies, en ouverture du chapitre VII.

⁴³ R.-J. Dupuy, « L'ordre public en droit international », in R. Polin (dir.), *op. cit.*, p. 103.

⁴⁴ V. H. Ruiz Fabri, *loc. cit.*, pp. 100 et s. et *infra* la contribution d'Isabelle Moulier.

⁴⁵ M. Virally, *L'Organisation mondiale*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 462.

⁴⁶ V. H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, Stevens, 1964, pp. 729, 737.

⁴⁷ R. Kolb, *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, 2^e éd., Précis, Bâle/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, 2009, pp. 168 et s. Parmi les « limites à la discrétion du Conseil », l'auteur relève « l'ordre public international (le *ius cogens*) » (pp. 172 et s.).

⁴⁸ Article 27 de la Charte des Nations Unies.

⁴⁹ Les articles 43 et suivants de la Charte prévoient que les Etats membres mettent à la disposition du Conseil des forces armées, sous la direction stratégique d'un comité d'état-major ; l'article 42 prévoit que le Conseil entreprend, au moyen de ces forces, les actions de police nécessaires au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Ces articles n'ont jamais été mis en œuvre (v. J. Combacau / S. Sur, *Droit international public*, 9^e éd., Paris, Montchrestien/Lextenso, 2010, pp. 650-651 ; R. Higgins, *Peace and Security. Achievements and Failures* », *European Journal of International Law*, 1995, pp. 445-460).

⁵⁰ V. la résolution 678 (1990) dans laquelle le Conseil autorise les Etats membres de l'ONU à user de « tous les moyens nécessaires » pour libérer le Koweït et les autres cas recensés par O. Corten, in *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008, pp. 486-487.

un exercice propre, par le Conseil, de ses compétences »⁵¹. Une fois l'autorisation donnée, les opérations de police échappent d'ailleurs à l'emprise du Conseil de sécurité, comme l'a montré le cas de la Libye, où Français et Britanniques, en se fixant pour objectif la chute du régime du Colonel Kadhafi, se sont largement émancipés du texte de la résolution 1973 (2011) qui n'autorisait l'usage de la force qu'aux fins de « protéger les populations et zones civiles menacées d'attaque ». Dans le cadre des opérations de paix (les « Casques bleus ») envoyées par le Conseil ou l'Assemblée générale⁵², l'ONU conserve une plus grande maîtrise du pouvoir de police susceptible d'être exercé. Il n'en demeure pas moins que ces opérations sont composées de contingents fournis par les Etats membres. Le fait que, lorsque ces opérations créent des dommages, la responsabilité de ces Etats soit recherchée⁵³, et parfois même engagée⁵⁴, est le signe que les premiers occupent une place prépondérante dans l'ordre public international que l'ONU est censée préserver.

B. Les ordres publics de police transnationaux d'envergure résiduelle

Les communautés juridiques transnationales organisées ne peuvent fonctionner sans mécanismes contraignants permettant d'assurer la stabilité de l'ordre social qu'elles ont *****29***** établi. Comme tout groupement organisé, elles disposent, de manière inhérente, d'un pouvoir disciplinaire s'apparentant à « un pouvoir de police reconnu à un corps pour lui permettre de rejeter un élément qui perturbe son fonctionnement »⁵⁵. Dans le domaine sportif, par exemple, l'arbitre maintient sur le terrain « l'ordre public » dans le déroulement du jeu. Au-delà, la fédération, ou le Comité international olympique dans le cadre des Jeux olympiques, intervient pour sanctionner les écarts disciplinaires (comportements antisportifs, dopage, corruption etc.). Néanmoins, les activités menées par ces communautés ne s'exercent pas dans un espace transnational évanescent mais se déroulent au contraire nécessairement sur des territoires nationaux. Dès lors, le pouvoir de police transnational doit composer avec le pouvoir souverain de l'Etat – et avec son ordre public au sens tant normatif que matériel.

i) La police transnationale doit en effet être compatible avec l'ordre public *normatif* de l'Etat sur le territoire duquel elle entend se déployer. Le pouvoir disciplinaire des organisations transnationales, en dépit de son autonomie à l'égard des Etats que parachève le recours à la forme de justice privée qu'est l'arbitrage, est en effet susceptible de faire *in fine* l'objet d'un contrôle par le juge national ou international. Dans le domaine sportif, les décisions disciplinaires des fédérations internationales ou du Comité international olympique peuvent faire l'objet d'un « appel » devant le Tribunal arbitral du sport (TAS) de Lausanne, à l'exclusion de la compétence du juge national. Or, une limite au caractère fermé de l'autorégulation sportive réside dans les voies de recours offertes contre les sentences du TAS, en particulier le recours en annulation devant le Tribunal fédéral suisse, selon l'art. 190 de la loi suisse sur le droit international privé⁵⁶. Intervient dans ce cadre un contrôle non

⁵¹ O. Corten, *id.*, p. 488.

⁵² V. R. Ben Achour, « Les opérations de maintien de la paix », in J.-P. Cot / A. Pellet / M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, pp. 265 et s.

⁵³ CourEDH, Gde Ch., *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, décision du 2 mai 2007, n° 71412/01 et n° 78166/01.

⁵⁴ Les Pays-Bas ont été condamnés par la Cour d'appel de La Haye, le 5 juillet 2011, du fait de la faute du Dutchbat, le bataillon des Casques bleus néerlandais chargé de protéger l'enclave de Srebrenica, qui a livré des hommes aux Serbes de Bosnie. V. « Srebrenica : l'Etat néerlandais jugé responsable de la mort de trois musulmans », *Le Monde*, 5 juillet 2011.

⁵⁵ G. Sousi, in *Le droit des associations*, vol. I, Commission des Communautés européennes, Bruxelles, 1992, p. 53. Reconnaisant le pouvoir disciplinaire « inhérent à toute association » des fédérations sportives non délégataires, v. CE, 19 décembre 1998, *M^{me} Pascau et autres c. Fédération française d'aérobic et de stretching*, *Lebon*, p. 459 ; *AJDA*, 1989, p. 271, note J. Moreau ; *Gaz. Pal.*, 1989, 2^e sem., Juridique, p. 589, concl. Ch. Vigouroux.

⁵⁶ Art. 190, al. 2, de la loi suisse sur le droit international privé. Les cas d'ouverture sont du recours en annulation sont l'irrégularité dans la constitution du tribunal, le vice de compétence, l'excès de pouvoir, l'atteinte au droit d'être entendu en procédure contradictoire et l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public. V. F. Latty, *op. cit.*, pp. 563

pas au regard des dispositions impératives de droit suisse (l'« ordre public » au sens classique) mais au regard de l'ordre public international suisse (au sens du droit international privé), constitué des principes fondamentaux et inaliénables de l'ordre juridique suisse s'opposant à l'application de la loi étrangère... ou des règles des organisations sportives mises en œuvre dans une sentence⁵⁷. En raison du caractère restrictif de cette conception de l'ordre public, institution nationale destinée à protéger les valeurs du for mais permettant la mise à l'écart de règles d'ordre public strictement nationales⁵⁸, seules de rares sentences du *****30***** TAS ont fait l'objet d'une annulation⁵⁹. Il n'empêche, l'ordre public matériel de l'organisation sportive ne peut définitivement s'affranchir de l'ordre public normatif international de l'Etat, en dépit du rapprochement entre ce dernier, l'ordre public international et l'ordre public *normatif* transnational⁶⁰.

De même, le droit disciplinaire de l'Eglise catholique, qui participe au maintien de l'ordre au sein de la communauté religieuse, n'échappe pas à tout contrôle. Milite en ce sens l'arrêt *Pellegrini* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, au terme duquel l'Italie a été condamnée pour violation de l'article 6 de la convention dont elle assure le respect. L'Italie avait en effet donné l'*exequatur* à une sentence rendue par la Rote romaine annulant un mariage, sans s'assurer que la plaignante avait bien bénéficié du droit au procès équitable lors de la procédure canonique⁶¹. La Suisse pourrait d'ailleurs subir le même sort dès lors que le Tribunal fédéral n'annulerait pas une sentence du TAS violant l'ordre public européen contenu dans la Convention européenne⁶².

ii) La conciliation entre la police transnationale et l'ordre public *matériel* de l'Etat se caractérise par le caractère purement résiduel de la première, face à la prédominance du second. Dans le domaine sportif par exemple, à l'occasion des compétitions internationales, la police exercée par la fédération internationale, ou le Comité international olympique s'agissant des Jeux olympiques, ne suffit pas à garantir le bon ordre autour de la manifestation. Dans les faits, des collaborations approfondies se mettent en place pour assurer la sécurité de l'événement⁶³. Dans le cadre spécifique de la lutte contre la *****31***** violence dans les stades ou de la lutte antidopage, des conventions

et s. ; M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, Paris, LGDJ, 2011, pp. 415 et s. ; A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, LGDJ/Bruylant, 2005, pp. 655 et s.

⁵⁷ J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 477-478, n° 856 ; J.-F. Poudret / S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, p. 810, § 824.

⁵⁸ V. P. Lalive, « Ordre public transnational (réellement international) et arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, n° 3, pp. 329-374.

⁵⁹ V. M. Peltier, *loc. cit.*, pp. 130 et s. Annulant une sentence arbitrale du TAS, rendue en application des règles de la FIFA, pour atteinte à l'ordre public procédural (principe d'autorité de la chose jugée méconnu par le TAS), v. TF, 13 avril 2010, *Club Atlético de Madrid SAD c. Sport Lisboa E Benfica - Futebol SAD et FIFA*, ATF, 136 III, p. 345. Annulant une sentence pour violation de l'ordre public matériel (sentence validant la sanction de la FIFA en vertu de laquelle le footballeur Matuzalem était sous la menace d'une interdiction illimitée d'exercer son métier s'il s'abstenait d'exécuter son obligation de payer des dommages-intérêts au club qui l'employait précédemment, ce sur simple requête de ce dernier), v. TF, 27 mars 2012 (*Francelino da Silva Matuzalem c. FIFA*, 4A_558/2011 (selon l'arrêt, il y a atteinte à l'ordre public au sens de l'art. 190, al. 2, de la LDIP, lorsqu'une sentence viole les principes juridiques fondamentaux et devient de ce fait complètement incompatible avec les valeurs à la base de tout ordre juridique).

⁶⁰ M. Forteau, « L'ordre public international face à l'enchevêtrement du droit international privé et du droit international public », *Journal du droit international*, 2011/1, t. 138, p. 29.

⁶¹ CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, requête n° 30882/96. V. L. Sinopoli, « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome (A propos de l'arrêt Pellegrini c/ Italie du 20 juillet 2001) », *Gaz. Pal.*, 2002, n° 202-204, pp. 2-12.

⁶² V. F. Latty, *op. cit.*, pp. 673-675 ; J.-P. Marguénaud, « Sport et Convention européenne des droits de l'homme: les garanties substantielles », *Rev. jur. et éco. du sport*, n° 66, mars 2003, p. 18-19 ; M. Peltier, *loc. cit.*, p. 134.

⁶³ V. J.-Ch. Basson (dir.), *Sport et ordre public*, Paris, La documentation française, 2001, 313 p. V. par ex. l'art. 2 du Règlement FIFA pour la Coupe du monde 2010, par lequel la FIFA se dégage de la responsabilité du « maintien de l'ordre et de la sécurité [...] notamment dans les stades et à leurs abords » au profit de l'« association organisatrice » (la fédération nationale et le comité d'organisation mis en place), laquelle doit agir « en coopération » avec le gouvernement de l'Etat d'accueil de la manifestation (l'Afrique du sud en l'occurrence).

internationales sont même intervenues qui ont institutionnalisé cette collaboration entre pouvoir sportif et autorités publiques⁶⁴.

De manière comparable, dans le domaine religieux, la jurisprudence administrative reconnaît le pouvoir du « curé dans son église »⁶⁵. Dans le cadre de son pouvoir d'organisation du culte dans l'édifice religieux, il dispose d'un pouvoir de police intérieure⁶⁶, que vient limiter l'ordre public « matériel » de l'Etat : l'administration peut en effet intervenir dans l'organisation du culte si l'ordre public matériel de l'Etat est menacé⁶⁷.

Au-delà de l'imbrication des notions d'ordre public (matériel/normatif ; transnational/international/interne), force est de constater que l'Etat, à travers le contrôle qu'il exerce *in fine* demeure omniprésent lorsque sont mis en œuvre des pouvoirs de « police » a-étatique.

*

Si l'on peut parler d'un ordre *public* qui s'imposerait à l'Etat ou dont l'Etat serait absent⁶⁸, bref d'un « ordre public sans l'Etat », les mécanismes qui l'animent sont toutefois largement comparables à ceux de l'ordre public étatique, ce qui montre que l'ordre public n'est pas lié à la présence de l'Etat mais à l'exercice d'un pouvoir sur des sujets d'un ordre juridique, quel qu'il soit. Mais en dépit de l'internationalisation, de la libéralisation des échanges, de la mondialisation, l'Etat reste la figure juridique dominante, la source principale de pouvoir. L'ordre public lui demeure lié, dans son concept comme dans sa mise en œuvre. En ce sens, l'oxymore « l'ordre public sans l'Etat » n'est qu'un trompe-l'œil ; une fois corrigée la confusion de la perception du spectateur, on retrouve le pléonasme – « l'ordre public et l'Etat »⁶⁹.

⁶⁴ V. notamment les art. 3 et 4 de la Convention européenne sur la violence et les débordements de spectateurs lors de manifestations sportives et notamment de matches de football, Strasbourg, 19 août 1985 ; art. 3, 12, 13 et s. de la Convention internationale contre le dopage de l'UNESCO, Paris, 19 octobre 2005.

⁶⁵ P. Valdrini *e.a.*, *Droit canonique*, 2^e éd., Précis, Paris, Dalloz, 1999, p. 653, n° 678.

⁶⁶ CE 3 mai 1918 *Abbé Piat* : le curé fixe les heures de cérémonies, peut refuser les sacrements et ordonner aux perturbateurs de sortir de l'édifice cultuel ; il ne dispose en revanche pas du droit de correction manuelle, et n'a pas d'obligation de sécurité à sa charge.

⁶⁷ *A contrario*, l'administration ne peut intervenir en l'absence de menace ou d'atteinte à l'ordre public : CE, 14 mai 1982, *Association internationale pour la conscience Krisna, Lebon*, p. 179 (commet un excès de pouvoir le conseil municipal qui demande le déplacement du curé de la paroisse à l'évêque).

⁶⁸ Cf. J. Combacau, *loc. cit.*, pp. 428-429.

⁶⁹ V. *supra* la contribution de S. Roland.