

Droit international public

Licence 3 droit
2020-2021
(premier semestre)

Chargés de travaux dirigés : Mme Victoria Bellami & M. Olivier Pedebay

Fiches de travaux dirigés

Programme du premier semestre

Séance 1 : Introduction et méthodologie (réflexion)

Séance 2 : Une gouvernance globale de la COVID-19 ? (réflexion)

Séance 3 : Les réserves aux traités (cas pratique)

Séance 4 : La coutume (dissertation)

Séance 5 : La protection diplomatique (cas pratique)

Séance 6 : La délimitation des espaces maritimes (commentaire)

Séance 7 : L'extraterritorialité (dissertation)

Séance 8 : L'intervention (dissertation)

Séance 9 : Les immunités des États et des organisations internationales (commentaire)

Séance 10 : Bilan autour de la gouvernance globale du climat et les « procès climatiques »
(mémoire et plaidoirie)

TRAVAUX DIRIGES
DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
Chargés de travaux dirigés : Mme Victoria Bellami & M. Olivier Pedeboy

SEANCE 1 : INTRODUCTION ET METHODOLOGIE
--

I. Méthodologie

Bibliographie à lire :

E. DECAUX & O. de FROUVILLE, Compléments pédagogiques, « Introduction méthodologique », in *Droit international public*, 11^e édition, Dalloz, HyperCours, Paris, 2018, pp. 20-25 ; et « Corrigé – Dissertation : Le changement de nature du droit international », pp. 34-38.

N.B. : l'ouvrage est également consultable en ligne via les ressources documentaires mises à disposition sur l'ENT sur le site DALLOZ Bibliothèque. La 12^{ème} édition mise à jour paraîtra courant novembre.

II. Introduction

Exercice

A l'aide des indications bibliographiques et des documents reproduits ci-dessous, les étudiants réfléchiront au sujet suivant : « Peut-on nier l'existence du droit international ? ».

Bibliographie à lire :

E. DECAUX & O. de FROUVILLE, Compléments pédagogiques, « 3) Les fondements du droit international », in *Droit international public*, 11^e édition, Dalloz, HyperCours, Paris, 2018, pp. 28-30.

Documents reproduits :

- 1) D. ALLAND, *Droit international public*, PUF (coll. « Droit fondamental »), Paris, 2000, pp. 35-66.
- 2) A. PELLET, « Le droit international à l'aube du XXI^{ème} siècle (La société internationale contemporaine - permanences et tendances nouvelles) », cours fondamental in *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. I, 1997, Aranzadi, Pampelune, 1998, pp. 37-47.
- 3) S. SUR, « Le droit international au cœur des relations internationales », in Dossier « A quoi sert le droit international ? », *Questions internationales*, n° 49, mai-juin 2011, pp. 4-11.

- 4) O. DE FROUVILLE, « Vers une théorie démocratique du droit international », in M.-C. RUNAVOT (dir.), *La démocratie appliquée au droit international : de quoi parle-t-on ?*, Pedone, Paris, 2018, pp. 143-152.
- 5) J. HABERMAS, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, 2000, Fayard, Paris, 2000, p. 120 (extraits).

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Contrairement à une idée parfois répandue, le droit international public n'est pas une invention récente. Il est certes, dans sa forme actuelle, un produit du système des États européens issu de la paix de Westphalie (1648), mais, aussi loin que l'on puisse remonter dans le temps, des relations se sont établies entre des groupes organisés et indépendants dans lesquelles il est juste de voir l'origine des relations « internationales » (A. Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, Economica, 1995). Pas plus qu'aujourd'hui, et sans doute moins qu'aujourd'hui, ces relations ne se sont placées sous l'empire exclusif du droit, mais des traités de frontière et d'arbitrage extrêmement anciens ont été découverts, prouvant que certaines techniques du droit international plongent leurs racines très profondément dans le temps. Un aperçu de l'histoire de la société internationale sous l'angle des principaux faits qui l'ont modelée s'impose avant tout (chap. 1 : « Histoire de la société internationale »). Curieusement, la pratique internationale n'a donné lieu à un effort de théorisation qu'assez tardivement. En d'autres termes, la mise en place de la doctrine internationale, du *corpus* des œuvres qui, progressivement, ont cherché à systématiser et à penser le « droit des gens » puis le « droit international », sous ses aspects philosophique, politique et parfois théologique (D. Alland, « Droit des gens et droit international », Ph. Raynaud et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1996), n'a pas suivi le même calendrier que celui des pratiques internationales. Il y eut et il y a encore tant de façons de penser le droit international, qu'il est indispensable, dans la perspective historique qui est ici retenue, de se faire une idée sur l'évolution des doctrines (chap. 2 : « Histoire de la pensée internationale »).

l'inviolabilité de l'ambassadeur et se trouve à l'origine de la distinction de la guerre juste et de la guerre injuste. Le *ius gentium*, ou droit des gens, œuvre des prêteurs et des jurisconsultes, est né de la nécessité de permettre aux Romains de nouer des relations juridiques avec des non-Romains ; s'il est surtout un droit privé, il rejoint l'histoire du droit international public en rappelant la nécessité d'un droit commun à toute l'humanité.

Au cours du *Moyen Age*, les relations internationales véritables ne réapparaissent qu'à partir du XI^e siècle ; l'Occident reprend alors les pratiques diplomatiques de l'Antiquité en y ajoutant sa propre expérience. Désormais la *summa divisio* est celle du droit de la paix et du droit de la guerre, celle-ci étant juste ou injuste selon une doctrine maintenant chrétienne. L'exercice public du droit de *représailles* devient un moyen de prévenir les guerres ; l'*arbitrage*, souvent pontifical, est fréquemment utilisé et un *droit international de la mer*, tant public que privé, se forme en Méditerranée, consigné dans le *Consulat de la mer*, comme sur les mers occidentales, exprimé ici dans les *Rôles d'Oléron*.

Section I

Émergence de la société internationale (XIV^e-XVII^e siècle)

17 UN NOUVEL ORDRE MONDIAL. — Lorsque s'évanouissent les rêves universalistes, résistances du passé plus que signes précurseurs d'une idée européenne, le Moyen Age voit se développer un autre phénomène, infiniment plus puissant et durable : la montée des États. Ni les constructions politiques d'origine germanique, mérovingienne puis carolingienne, ni les principautés et seigneuries féodales (Normandie exceptée), ni la « République » chrétienne ne sont ce que nous appelons des États. Pour que ceux-ci apparaissent, lentement et progressivement, il fallait que s'estompât le lien politique de nature personnelle auquel va se substituer la *souveraineté* du prince sur tout son territoire et tous ses habitants : « Tous sont dans la main du roi. » Ceci s'accompagne de l'extension de la justice royale, de la création d'une administration, d'une armée permanente

et d'un système fiscal. Dès la fin du XII^e siècle, l'évolution se fait irrésistiblement, avec plus ou moins de réussite selon les régions.

Le royaume anglo-danois et l'Empire plantagenêt évoquent une société organisée autour d'un espace marin, mais, finalement, les États se constituent surtout en masses compactes et contigües. Dès le XI^e siècle, l'Angleterre est la première à réaliser son unité ; au XIII^e siècle, l'État français puise ses origines dans l'apogée capétien. Les royaumes scandinaves, la Pologne, la Hongrie, voire l'Espagne, se tiennent à mi-chemin entre les réussites anglaises et françaises et l'échec total en Allemagne et en Italie (mis à part le royaume de Naples confié à une dynastie française). La société internationale européenne va naître de cette juxtaposition des États, qui en deviennent les membres ; il est alors impossible d'imaginer des entités plus vastes, compte tenu des difficultés de communication et de l'exercice du pouvoir. Aux yeux des contemporains, la France du XIII^e siècle est un pays immense.

La conscience de l'État se forge partout où il a fallu se battre contre les prétentions impériales et pontificales, c'est-à-dire hors d'Allemagne et d'Italie, et, en particulier en France, où l'on dit que « le roi est empereur en son royaume » ; ceci concerne la souveraineté dans l'État. Mais, en 1302, Jean de Paris écrit « qu'il n'est pas nécessaire que tous les fidèles soient unis dans une communauté générale » et « que ce qui est bon pour un peuple ne l'est pas pour l'autre » ; Marsile de Padoue (1280-1343), laïc et républicain, reconnaît l'existence d'États indépendants et rivaux. Nicolas Oresme ajoutera qu'il faut prendre le monde « tel qu'il est » et que la division de la Chrétienté en États est « bonne et naturelle ». Ainsi, à la fin du Moyen Age, se forme la conception nouvelle d'une société internationale composée d'États indépendants et souverains ; à la souveraineté *dans* l'État s'est juxtaposée la souveraineté *de* l'État.

Les Temps modernes débutent traditionnellement en 1492, lorsque Christophe Colomb aborde aux Amériques. Les relations entre peuples et États étaient, jusque-là, limitées au voisinage ; brusquement, elles s'étendent à travers l'espace et leur réseau va embrasser le monde entier. Avec la Réforme, aux conséquences tant politiques que religieuses, les Grandes Découvertes inaugurent une ère nouvelle. Tout ceci s'accompagne d'un renforcement constant des États nationaux, de plus en plus nombreux. À l'intérieur du *Saint*

Empire germanique, les tendances centrifuges, accélérées par la paix religieuse d'Augsbourg (1555), sont fortes ; la *Suisse* s'en était dissociée dès 1499 et les liens avec les *Pays-Bas* étaient relâchés depuis bien longtemps lorsque ceux-ci, en 1576, arrachent leur indépendance au roi d'Espagne, successeur des maîtres bourguignons. Aux côtés des vieux États, anglais et français, l'Espagne prend place, après avoir achevé son unification lors la prise de Grenade en 1492. Elle étend son pouvoir sur une partie de l'Italie (de la Sardaigne à Naples et à la Sicile) puis sur le Portugal ; aux Amériques, elle se forge l'Empire le plus vaste et le plus riche qu'on ait connu de mémoire d'homme.

Les répercussions juridiques de la découverte, puis de la conquête des terres nouvelles apparaissent d'abord sur un plan plus supranational qu'international. En 1493, par la bulle *Inter coetera*, le pape Alexandre VI Borgia place les espaces terrestres et maritimes, découverts et à découvrir à l'ouest d'une ligne courant à 100 lieues au large des Açores, sous la souveraineté espagnole. Il y avait des précédents à ce genre de gratifications pontificales, surtout au bénéfice du Portugal ; mais la plénitude du pouvoir du Saint-Siège sur toute la terre n'avait jamais été exprimée en termes aussi abrupts que désuets. Par la suite, dès le traité de Tordesillas en 1494, l'Espagne et le Portugal s'accorderont sur le report de la ligne de partage des terres nouvelles à 270 lieues plus à l'ouest, et ceci hors de toute tutelle pontificale. A l'est, formidable menace pour la Chrétienté, l'*Empire ottoman* prend la place de l'Empire byzantin. Mais, très vite, il noue des liens juridiques avec une puissance occidentale, la France, qui, à partir de 1525, grâce aux traités successifs dits de *capitulations*, va occuper au Levant une place privilégiée, commerciale, fiscale, judiciaire et religieuse. Bousculant le vieil Empire serbe, la vague ottomane avait recouvert la plus grande partie des Balkans jusque sous les murs de Vienne. Son reflux, au XIX^e siècle, posera la Question d'Orient ; la tragédie balkanique de cette fin du XX^e siècle n'a pas d'autre origine. En 1613, la *Russie*, sous la direction des Romanov, devient, à son tour un État.

Dans une société internationale fondée désormais sur la pluralité des États, indépendants et souverains, la nécessité apparaît très tôt d'y assurer un certain ordre. Nicolas Oresme est sans illusion : la guerre est le « cours du monde » ; la paix n'est pas d'ici-bas et il

n'imagine ni structure de dialogue ni arbitrage entre les États. Cependant, les événements vont peu à peu conduire à une pratique dont on pouvait espérer que naîtrait un possible ordre du monde : l'*équilibre européen*. Faute d'une communauté organique supérieure, alors que la Chrétienté a perdu tout ce qui lui restait d'autorité supra-étatique, un jeu se met en place, fixant des limites, dangereuses à outrepasser, et tentant de contenir les ambitions des plus forts. Commynes l'avait aperçu et Jean Bodin le définira : « La sûreté des princes et des républiques gît en un contrepoids égal des puissances des uns et des autres. » Mais, à l'aube des Temps modernes, la réalité est simple et crue : dans les relations entre les États, c'est la paix armée ou la guerre. Pourtant, dès le XVI^e siècle, usages et coutumes commencent à s'élaborer pour gouverner les relations internationales.

18 VERS UN DROIT INTERNATIONAL. — Jusqu'au début du XVII^e siècle, les usages internationaux sont difficiles à connaître ; souvent non écrits, ils commencent seulement à faire l'objet de recherches systématiques. Mais, au XVI^e siècle, ils amorcent une évolution quelque peu semblable à celle des coutumes dans le domaine du droit privé. Il faut ajouter qu'apparaît alors un élément indispensable à la formation d'un système juridique international : l'indépendance des États, celle-ci leur permettant de se reconnaître sujets d'un droit auquel chacun pourrait volontairement adhérer. Une tendance de plus en plus nette conduit à la constitution de ce que l'on appellera plus tard le *système interétatique*.

1 / *Les usages internationaux* se développent et se précisent autour de deux notions majeures qui gouvernent les relations entre les États : la paix et la guerre.

a) *En temps de paix*, c'est la circulation des personnes et des biens qui fait l'objet de l'attention des autorités.

Une des particularités de la société internationale du XVI^e siècle est la *faible importance des frontières*. Plus nombreuses qu'aujourd'hui (intérieures et extérieures), elles sont surtout fiscales et demeurent fréquemment mal délimitées. Rien ne fait donc obstacle aux multiples courants qui, au travers de l'Europe, sont animés par les trafics commerciaux, les échanges universitaires et l'incessante procession des pèlerins. Cette situation explique que le traitement

réserve aux *étrangers* soit empreint d'un grand libéralisme. Vitoria ne fait qu'exprimer des idées très répandues lorsqu'il affirme que le *droit de communication*, droit de passer d'un pays à l'autre, fait *naturellement* partie des règles qui gouvernent les sociétés humaines... à condition, bien sûr, que les intéressés ne se livrent qu'à des activités pacifiques. Dans les villes, grands centres d'échanges, les étrangers sont souvent très nombreux ; ils se regroupent en *nations*, petites républiques vivant leur existence sous la conduite d'un *consul*, en marge de l'État qui les accueille.

La *circulation des marchandises* ressemble fort à celle des hommes. L'Europe constitue un vaste marché, sous un régime de liberté des échanges, désigné du nom d'*entrecours* ; il est parfois restreint ou suspendu le temps d'une guerre ou d'une crise, mais jamais pour très longtemps. La montée en puissance des grands États centralisés va progressivement remettre ce régime en question : les droits de douane font partie des multiples ressources fiscales nées des besoins désormais insatiables des finances publiques. A la fin du XVI^e siècle, de véritables murailles douanières ceignent les principaux États européens et les taxes douanières ont changé de caractère : de simple expédient fiscal, elles sont devenues un instrument de politique économique. Des *traités de commerce*, conclus selon les formes diplomatiques habituelles, règlent désormais les questions commerciales entre deux ou plusieurs États.

b) *Les usages de la guerre* surprennent par leur inhumanité, même si un léger progrès juridique est sensible au travers de conventions, surtout locales et militaires, rarement internationales. Ainsi, des ordonnances impériales de 1570, élaborées à des fins d'ordre et de discipline dans les armées, réglementent le pillage et la vente du butin en recommandant la sauvegarde des femmes, des enfants et des vieillards. Il ne s'agit, en réalité, que de tempérer ponctuellement la cruauté de la guerre, considérée comme l'usage ordinaire des politiques princières. Le *prisonnier* est habituellement mis à mort sauf si on en espère une bonne rançon ou s'il peut faire un bon galérien. La vie sauve est une condition de la reddition d'une place assiégée. Vers le milieu du XVI^e siècle, apparaît la pratique de la *bonne guerre*, accord entre armées (et surtout entre mercenaires) avant d'engager le combat. Le *pillage* est de règle ; Isaïe (9, 1-6) écrivait déjà : « On exulte en partageant les dépouilles des vaincus. »

La *guerre navale* a ses règles particulières. Délivrées par le souverain, les *lettres de marque* permettent à leur destinataire de s'indemniser sur les navires et cargaisons ennemies des dommages que l'adversaire aura pu lui causer. Il peut ainsi mener une guerre de *course*, forme maritime du droit de représailles.

c) Le droit de la *neutralité* est déjà familier aux hommes de la Renaissance, même s'il manque encore de clarté et n'a pas le même contenu qu'aujourd'hui. Apparue à la fin du Moyen Âge, les termes *neuter* et *neutralitas* signifient une non-participation à la guerre, et donc une garantie contre toute invasion ou tout autre incident militaire ; toutefois, les neutres peuvent aider les belligérants... à condition que ce soit de manière égale à chaque camp. Si une armée en guerre souhaite traverser un territoire neutre, elle ne peut le faire qu'avec l'accord des autorités concernées, sans causer aucun dommage et aussi vite que possible ; c'est le *transitus innoxius*. Sur mer, la position juridique des neutres est très difficile car la règle d'origine française (« *marchandise ennemie, bateau ennemi ; bateau ennemi, marchandise ennemie* ») sera très largement appliquée jusqu'à l'apparition d'une législation sur les prises dans la première moitié du XVII^e siècle.

2 / *Souveraineté et territoire* sont désormais deux notions liées de manière toute nouvelle. Les relations internationales mettent en contact ces nouveaux États animés d'un sentiment national profond et imbus de la toute-puissance de leur souveraineté, indivisible et perpétuelle. La construction de cette souveraineté est inséparable de celle d'un espace territorial sur lequel elle s'exerce. Cela implique la maîtrise de réseaux d'échanges dans des frontières dont la conception devra être plus précise. A l'intérieur de celles-ci, s'achève l'édification de la nation alors que l'idée de peuple prend un sens politique. Si appartenir à une nation provient d'une volonté populaire, comme l'écrivait Renan en 1884, les Bourguignons l'expriment déjà en 1526, en refusant le rattachement de leur province à l'Empire (ainsi que le prévoyait le traité de Madrid) au motif de l'absence de leur consentement. Dans l'ordonnance de Moulins de 1566, à l'égard des puissances extérieures, les juristes assimileront le territoire national au domaine royal inaliénable.

3 / *Les institutions diplomatiques* connaissent des transformations importantes nécessitées par l'intensification des relations internationales.

connaît
succès

D'origine italienne à la fin du xv^e siècle, la notion d'*ambassadeur permanent* s'est répandue dans toute l'Europe vers 1520-1530. C'est l'état de nécessité politique qui a conduit à prolonger les missions diplomatiques puis à les rendre permanentes ; mais, ni l'institutionnalisation de l'ambassadeur, ni sa claire définition juridique comme un haut dignitaire de l'État n'apparaissent encore. Il s'en faut aussi de beaucoup que les postes soient occupés de façon constante et que la réciprocité des échanges d'ambassadeurs soit effective. Ce terme n'est d'ailleurs pas d'un emploi général : il est encore fréquemment réservé aux envoyés extraordinaires de haut rang. Les envoyés à poste fixe portent encore parfois le titre médiéval d'*orateur*, mais, de plus en plus souvent, celui de *résident* ; ce sont des personnages de moindre rang dont le rôle est surtout d'observer et de rendre compte. Il y a, entre eux, la même distinction qu'entre les *légats*, envoyés personnels du pape, et les *nonces* pontificaux. C'est à Venise que l'organisation diplomatique atteint alors sa plus grande perfection.

Vaille que vaille, l'institution de l'ambassadeur permanent gagne cependant du terrain et voit ses caractères se préciser ; leur installation requiert généralement un traité et l'immunité diplomatique n'est plus discutée.

L'*institution consulaire*, héritière d'un long passé, est encore en état de transition. Comme à l'origine, le consul est le plus souvent un marchand chargé de représenter ses confrères et ses compatriotes et de défendre leurs intérêts auprès du souverain local ; mais il lui arrive de plus en plus souvent, de jouer un rôle diplomatique en exerçant auprès de ces mêmes compatriotes les fonctions administratives, judiciaires et financières de représentant de leur gouvernement et, à ce titre, de veiller également à l'application des traités et autres conventions. Le modèle de la fonction consulaire fut celle des consuls français dans l'Empire turc.

Ainsi, tout au long du xvi^e et de la première moitié du xvii^e siècle, alors que se forme la société internationale des Temps modernes, les usages internationaux, sans constituer un *corpus* normatif, se développent, se complètent et se précisent. Le terrain est préparé pour la formation du droit international public classique et du système interétatique.

Section II

Triomphe des États souverains (1648-1815)

19 INTRODUCTION. — La société interétatique qui se forme après 1648 est essentiellement caractérisée par le comportement des princes en souverains *absolus*. Soutenus par la doctrine, ils développent cette souveraineté au-dedans comme au-dehors ; sur ce dernier point, cela signifie que *rien ne peut limiter la volonté de l'État souverain* et que l'incompatibilité est totale entre cette attitude et un ordre supranational transcendant les États. Le *système interétatique* naît de cette interprétation et de cette application des traités de Westphalie ; il ne peut qu'entériner le produit de ce libre jeu des souverainetés : *la guerre*. Politiques et juristes cherchent à la réglementer mais c'est elle qui, par le sort des armes, induit les rapports de force entre les États et conduit les diplomates sur le chemin des négociations.

20 LE JEU DES SOUVERAINETÉS. — 1 / *La paix de Westphalie* met fin à la guerre de Trente ans ; elle comprend les traités de *Münster* et d'*Osnabrück* qui, signés en 1648, marquent le terme de ce conflit, religieux et intra-allemand à l'origine, politique et international ensuite. La grande majorité des États européens, Pologne et Grande-Bretagne exceptées, ont participé aux négociations de ce *premier grand congrès européen*. La technique des traités collectifs étant encore inconnue, les deux traités revêtent des formes bilatérales. Garantie par la France et la Suède, la paix de Westphalie sera, pour un siècle, la charpente de l'organisation européenne. Trois aspects de cet ensemble ont une signification particulière.

a) Devenue une nébuleuse de 355 États, l'*Allemagne* sort affaiblie de ces traités. L'Empire germanique n'est plus qu'une coquille vide, l'espace allemand étant constitué par la juxtaposition de territoires jouissant de compétences exclusives et n'étant subordonnés à aucun autre. L'autorité y découle désormais du principe de territorialité et non plus du pouvoir impérial. C'est bien un ordre nouveau qui s'instaure en Europe et, avec lui, une autre façon de

penser la guerre. Seule issue pour outrepasser les souverainetés territoriales, elle se nourrit désormais du principe de territorialité et devient le modèle de guerre conforme au droit. Le remodelage de l'Europe en 1919 est, sans doute, le dernier monument westphalien à moins que l'Afrique centrale et les Balkans ensanglantés de cette fin de siècle ne nous offrent de nouveaux exemples du recours au rêve territorial, inconciliable avec les haines identitaires venues du fond des siècles.

b) La *liberté religieuse* est proclamée comme liberté de conscience. La paix de Westphalie est une reconnaissance officielle du protestantisme. Même si l'adage : *cujus regio, ejus religio* est encore communément admis, les principes de liberté sont inscrits pour la première fois dans un traité international, signé par les puissances catholiques.

c) La paix de Westphalie a été souvent présentée comme une *charte constitutionnelle de l'Europe* où auraient été posés les premiers éléments de ce que, déjà, Louis XIV nomme dans ses Mémoires : un droit public européen. Une nouvelle carte de l'Europe y est dessinée. Les traités érigent la *souveraineté* et l'*égalité* des États comme principes fondamentaux ; ils prévoient aussi que la procédure du *traité* sera le mode normal utilisé pour régler les problèmes communs entre les États signataires. Enfin, un système de garantie (avec droit d'intervention) est mis en place pour assurer ce nouvel ordre européen, sous la responsabilité de la France et de la Suède ; il s'agit là de la première tentative pour mettre sur pied une organisation internationale du maintien de la paix sous le contrôle d'une sorte de *directoire européen*. Les traités de Westphalie marquent un infléchissement essentiel dans le cours de la formation du droit international public.

2/ Le *principe d'équilibre* ne cesse désormais de jouer un rôle croissant ; de son application dépend la paix générale et la maîtrise de toute tentative hégémonique de « monarchie universelle ».

a) Dans toute l'Europe qui s'organise *après 1648*, tout repose sur la convenance de balancer les forces et de garantir les situations acquises par l'établissement de contrepoids ; mais cette recherche de l'équilibre doit s'accommoder de l'appétit de territoires. Partager pour équilibrer a été la condition de début du système. Ainsi compris, le système avait l'avantage de ne point borner l'horizon des

souverains ambitieux, mais il n'offrit de garanties aux petits qu'autant que leur existence était nécessaire pour contrebalancer les visées contradictoires des puissants. La France de Louis XIV, bien que garante de l'équilibre européen, aspire à réunir les couronnes de France et d'Espagne et cherche toutes les occasions de s'agrandir. C'est contre elle que l'Europe se coalise à trois reprises, au nom d'un équilibre rompu. L'équilibre est instable ; il est sans cesse à refaire. Peu importe que la morale et le droit n'y trouvent guère leur compte ; le principe d'équilibre est devenu un axiome des chancelleries. Des plumes illustres en démontrent les raisons et en construisent la théorie, esquissée depuis le *xv^e* siècle. Dans leurs *Mémoires*, Sully, puis Richelieu affirment successivement « qu'il faut tempérer équitablement les prétentions princières » et « qu'il doit y avoir balance entre les princes temporels ». Mazarin reprend les mêmes termes dans ses instructions aux ambassadeurs français à Münster. Fénelon n'est pas en reste lorsqu'il écrit « qu'empêcher un voisin d'être puissant... c'est travailler à la liberté, à la tranquillité et au salut public » ; mais, il ajoute que l'équilibre doit être recherché avant tout par des moyens pacifiques et, s'il faut attaquer un État trop puissant, il faut prendre garde « de ne pas le détruire sous prétexte de le modérer ».

Au début du *xviii^e* siècle, la théorie est donc entièrement formée. Elle va se traduire dans les textes des traités ; ce qui s'était fait en Westphalie sans le dire, se fait à Utrecht, en 1713, en le disant dans l'article 2 du traité : « La paix et la tranquillité » sont maintenant assurées « par un juste équilibre de la puissance... meilleur fondement d'une amitié naturelle et d'une union durable ».

b) *Durant tout le xviii^e siècle, d'Utrecht à 1789*, le principe d'équilibre reste la maxime fondamentale des chancelleries, couvrant de son prestige les opérations inavouables des princes et de leurs ministres. Mais une évolution s'est opérée dans la manière de le concevoir : le continent européen est devenu un champ d'opérations où se heurtent les convoitises de quatre grandes monarchies : la France, l'Autriche, la Prusse et la Russie... sans oublier l'Angleterre veillant avec soin à l'équilibre du continent tout en profitant des querelles qui s'y allument pour régner sans partage sur le grand large. Il n'est plus question, à présent, d'équilibre sans partage : l'équilibre se prête à toutes les compromissions. On pare

de motifs honorables la curée aux dépens des faibles et le partage de leurs dépouilles. Les grands États peuvent ainsi s'enrichir pourvu que chacun le fasse sans porter ombrage aux autres et les philosophes, dans un état de semi-conscience, applaudissent aux pires scandales de la spoliation politique. Le partage est devenu le corollaire de l'équilibre et ce système nouveau, dit le *système copartageant*, passe dans l'usage diplomatique avec de faux airs de légalité. Esquissée lors de la succession d'Autriche en 1740, cette interprétation nouvelle du principe de l'équilibre triomphe lors du premier partage de la Pologne en 1772. Jusqu'en 1815, la thèse reste la même : équilibrer sans cesse en partageant toujours ; c'est l'appétit des agrandissements qui amène les coalisés à entrer successivement en accommodements avec la Révolution française.

En dépit des méfaits commis en son nom, le principe d'équilibre est estimé des juristes et des diplomates. Vattel, en 1758, apprécie qu'il empêche une puissance de « faire la loi aux autres » et Talleyrand, en 1814, y verra « le palladium des droits de chacun et du repos de tous ».

3 / La *Révolution française*, pas plus que son aînée américaine ni celles, ultérieures, qui la prendront pour modèle, n'a eu pour but immédiat de bouleverser le droit international. L'objectif premier est de provoquer un changement interne ; les conséquences externes seront postérieures et indirectes.

a) *Les hommes de 1789* partagent la vision *universaliste* de la philosophie politique de la fin du XVIII^e siècle ; sur ce point, ils n'innovent pas. Attachés « au droit de la nature et des gens », ils vont prendre place dans l'ordre international en voulant « délibérer pour l'univers » (Volney). De la proclamation de l'Assemblée Constituante affirmant que « le genre humain est une seule société », découlera une double déclaration. La *Déclaration des droits de l'Homme* adresse à l'humanité tout entière l'expression de « vérités immuables », voulant honorer en chaque être humain l'égale dignité de la personne. La *Déclaration de paix au monde* du 22 mai 1790 illustre l'idéologie pacifiste de la Révolution à ses débuts : en libérant les peuples du despotisme, elle développera l'entente entre eux. Volney et Condorcet, faisant passer le combat social du plan interne au plan international, appellent de leurs vœux, comme Kant, une Société des Nations. A deux reprises, en 1793 et 1795, l'abbé Gré-

goire tente en vain de faire voter une *Déclaration du droit des gens* qui exprimait la solidarité de tous les peuples. Comment imaginer que cette révolution universaliste et pacifiste ait été, de Valmy à Waterloo, à l'origine des guerres les plus longues et les plus meurtrières que l'Europe ait connues jusqu'alors ?

b) La réponse réside dans un autre courant d'idées plus *révolutionnaire* et *nationaliste*, profondément *novateur*, qui se ramène au principe simple et fondamental : le *transfert de souveraineté*. La *nation* a remplacé le roi ; comme les hommes, les États nationaux sont égaux entre eux. Mais, en changeant de titulaire, la souveraineté ne s'est pas modifiée. Le souverain, roi ou nation, n'est soumis à aucun pouvoir supérieur ; l'État-nation est aussi souverain que son prédécesseur sur le plan international. Avant comme après 1789, le système interétatique perdure ; la société internationale n'a pas changé. Les événements de 1792 et les textes constitutionnels de 1793 font du *peuple souverain* un seul acteur sur la scène du monde. C'est lui, incarnation de la démocratie au sens le plus profond du terme, qui va animer la croisade pour la Liberté dans laquelle la France se lance alors en affrontant d'autres États. Elle reconnaît deux droits à tous les peuples : le droit de disposer d'eux-mêmes et celui de déclencher une guerre de libération.

Le *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* a profondément modifié le droit international. Affirmé d'abord comme le droit d'un peuple à choisir son régime interne, il s'élargit très vite au droit de conquérir son indépendance ou de s'unir librement à un autre peuple. Si la France affirme qu'elle a renoncé à tout droit de conquête, elle ne renonce pas pour autant au rattachement de territoires (tels Avignon et en Alsace) si les populations le réclament. Il y avait de quoi effrayer l'Europe d'autant plus que, dans l'esprit des révolutionnaires, ce droit est subordonné au principe de la démocratie. Avant de disposer de lui-même sur le plan international, un peuple doit s'être *libéré* en se dotant d'un gouvernement démocratique. La liberté politique est la condition de l'autodétermination nationale, et, si un peuple est menacé dans ses choix, le recours à la guerre est justifié.

Ainsi, il faut porter un secours armé aux peuples défendant leur droit à disposer d'eux-mêmes. La jeune République française le proclame dans deux décrets des 19 novembre et 15 décembre 1792 ; elle

fait sienne les causes des *guerres de libération* et reconnaît légitimes les interventions dans les affaires intérieures des autres États. Mission est donnée au peuple... et aux commissaires de la Convention de porter la liberté aux autres..., voire « de les forcer à être libres ». La France venait d'inventer la guerre idéologique. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes va bouleverser toute la géographie politique. Conservateur dans sa légitimation de l'État national, il est profondément révolutionnaire en reconnaissant qu'il peut y avoir autant d'États que de nations. Mais, qu'est-ce qu'une nation ?

21 LA FORMATION DU DROIT INTERNATIONAL CLASSIQUE. — À partir de 1648, les relations entre États concernent de plus en plus des puissances souveraines exerçant leurs prérogatives sur des ensembles territoriaux constitués, bornés par des frontières. Définir le statut des espaces, marins et continentaux, est devenu un problème juridique et politique primordial. Cependant, les grands principes directeurs qui s'ébauchent, de même que l'environnement relationnel entre les princes, demeurent cantonnés dans les domaines traditionnels de la guerre et de la paix. Durant la période qui va de Westphalie au Congrès de Vienne, en 1815, tout un système normatif s'installe ; communément nommé le *système interétatique*, il sert de cadre à la formation d'un droit international qualifié désormais de *classique*.

22 1 / *Maîtriser l'espace* signifie définir la frontière continentale et qualifier l'étendue marine.

a) Au XVI^e siècle, la *frontière* est encore floue et correspond rarement, sauf limite naturelle, à une ligne précise et continue. C'est au XVII^e siècle que la notion de frontière se fait plus nette sous l'effet de la politique française à l'égard de sa frontière du Nord et du Nord-Est. À l'appui des travaux de Vauban, la carte de Cassini dessine une frontière linéaire répondant au souhait des juristes. « On doit marquer avec clarté et précision les limites des territoires », écrit Vattel. Mais, la frontière est-elle une limite intangible ou la frêle inscription dans l'espace d'un équilibre fugace ?

b) *L'espace marin* est-il susceptible d'appropriation ou doit-il demeurer, selon l'opinion des jurisconsultes romains, libre et *commun à tous* ? Aux Temps modernes, la question revêt une impor-

tance exceptionnelle d'abord en raison des navigations lointaines et des conquêtes coloniales, ensuite parce que, dans la politique des grandes puissances, « être souverain sur la mer », devenue le théâtre d'opérations militaires majeures, signifie accéder à la suprématie sur les autres États. Face aux prétentions ibériques, les puissances maritimes du XVI^e siècle rappellent la doctrine romaine, mais, au XVII^e siècle, surgissent les revendications anglaises.

Le XVII^e siècle s'ouvre sur une position anglaise favorable à la liberté de la haute mer. Après la mort d'Elizabeth (1603), la politique anglaise change complètement, se manifestant dorénavant par une prétention à une emprise totale sur toute l'étendue des mers bordant l'Angleterre ; on sort ici du domaine juridique, et sur le terrain des faits, le statut de la mer reste mal défini. La doctrine est partagée entre le *Mare liberum* de Grotius (1609) et la réponse de Selden dans son *Mare clausum* (1618). Grotius reprend la thèse ancienne : la mer, haute et côtière, est commune à tous et son usage est libre. Elle n'est pas susceptible d'appropriation ; ce serait contraire au droit naturel. En reconnaissant à l'État côtier un droit de juridiction sur la *mer territoriale*, Grotius pose le problème de l'étendue de celle-ci en se ralliant à l'idée de la portée de canon. Selden prend le contre-pied des arguments de Grotius ; pour lui, l'usage et la propriété de la mer se confondent et c'est à ce titre que l'Angleterre peut s'approprier tous les espaces marins qui la bordent... jusqu'au rivage opposé ! Jusqu'au début du XVIII^e siècle, les juristes, désorientés, n'ont d'autres bases pour définir le statut de la mer que des législations particulières, des traités et des correspondances politiques ou diplomatiques. Mais c'est de cette pratique qu'émergera une nouvelle réflexion sur la délimitation de la mer territoriale et sur les prérogatives des États côtiers. Au XVIII^e siècle, la *portée de canon* devient le point central de l'argumentation relative à l'étendue des eaux territoriales. Longtemps imprécise et définie comme l'espace marin sur lequel un pouvoir de contrainte pouvait s'exercer parce qu'il était sous l'emprise des batteries installées sur le littoral, cette étendue se fixe, à partir de 1782, sur la proposition de l'Italien Galiani, à 3 miles, distance maximale que pouvait alors couvrir un boulet. La pratique et la doctrine l'adoptent aussitôt, la mesure de la distance prenant le pas sur la notion de portée de canon. Par voie de conséquence, le principe de la liberté des mers ne

sera plus discuté ; personne ne contredit Vattel lorsqu'il écrit : « Une nation qui veut s'arroger un droit exclusif sur la mer et le soutenir par la force fait injure à toutes les nations. »

23 2 / *L'amélioration des techniques relationnelles* est au cœur de l'évolution qui conduit à la formation du droit international classique.

a) La nécessité de rationaliser et d'organiser, souvent de manière très technique, les relations entre les États conduit les auteurs et les praticiens à analyser avec plus de précisions les *sources du droit international*.

La *coutume*, indiquée comme source du droit international dans le statut de la Cour internationale de justice (art. 38, chap. 1), est la source originelle la plus importante. Jusqu'au XVI^e siècle, c'est la théorie médiévale qui prévaut ; la coutume repose sur deux éléments : le consentement et la conformité à la *ratio*. Loin des débats doctrinaux qui s'élèvent à propos de la définition de la coutume, la pratique s'en tient à l'idée romaine de l'usage immémorial, la *vetustas*, confirmé par la répétition (v. *infra*, chap. 6). Le *traité*, source essentielle du droit international depuis l'Antiquité, est considéré comme de droit positif ; mais, jusqu'à la fin du Moyen Âge, il ne trouve sa base juridique que dans l'ordre juridique interne de chacun des contractants. Ce n'est que lorsque les chancelleries mettent en pratique le contrat synallagmatique qu'une évolution se dessine ; la notion de traité international est de création récente. Elle suppose l'existence d'une société internationale, composée d'États souverains consentant à l'élaboration d'un droit conventionnel volontaire (v. *infra*, chap. 5). Mais le traité international étant l'expression d'engagements réciproques, la pratique a longtemps hésité à admettre le traité collectif, c'est-à-dire l'unité d'un acte juridique liant une pluralité de contractants. Le plus souvent, on établissait une série de traités bilatéraux sans liens juridiques entre eux. Ainsi se présentent, parmi d'autres, la paix de Westphalie, les traités de Paris (1763 et 1814), et de Versailles (1783). La forme de l'acte collectif unique se rencontre, pour la première fois dans l'Acte final du Congrès de Vienne (1815). L'évolution s'achève lors de la conclusion du traité de Paris en 1856 ; le traité d'Utrecht (1713), entre la France et l'Angleterre, déclarant que le traité sera *commun* à

d'autres États, est une forme intermédiaire. Ignorées par les théoriciens du droit jusqu'à de Martens à la fin du XVIII^e siècle, les *formalités* qui entourent le traité ne s'appréhendent qu'en interrogeant la pratique. Dès le XVI^e siècle les négociations entre nations deviennent plus nombreuses et plus complexes ; les procédures de mise en vigueur commencent à évoluer. La *ratification* est considérée comme un élément fondamental de l'ensemble « traité » ; l'échange de ratifications devient courant au XVII^e siècle, cérémonie civile remplaçant la cérémonie religieuse du serment. Venant ensuite, la *publication* (orale et/ou écrite) et l'*enregistrement* sont les modes par lesquels les actes internationaux passent dans le droit interne et peuvent être mis en application. L'usage français, jusqu'en 1789, est l'enregistrement au Parlement de Paris et, parfois, auprès d'autres cours souveraines. Parmi les *sources jurisprudentielles* du droit international, il faut citer l'*arbitrage* qui réapparaît, après un déclin multiséculaire, grâce à l'accord anglo-américain de 1794, le traité *Jay*.

b) *Le développement des institutions diplomatiques* se poursuit après 1648 en parfaite continuité avec l'époque précédente. La nécessité d'*ambassadeurs permanents* n'est plus un sujet de controverses ; en 1710, une Académie politique est fondée à Versailles pour la formation des diplomates. Les pratiques mercantilistes, cherchant à promouvoir le commerce extérieur, conduisent à activer l'*institution consulaire*. C'est tout naturellement que l'Ordonnance de Colbert sur la Marine de 1681 régleme avec soin la fonction de consul ; ses termes très généraux permettront l'adoption du modèle consulaire français par beaucoup d'autres États.

c) *Le contenu du droit international public* reste encore traditionnel et les notions principales du droit positif restent celles des temps passés, liées surtout aux questions politiques. Les préoccupations de l'époque sont cependant sensibles, telles la protection des minorités religieuses et l'importance croissante des négociations commerciales.

24 3 / Face à la guerre, la NOTION DE NEUTRALITÉ se précise. La guerre se déroule encore selon les règles anciennes ; tout au plus, au XVIII^e siècle, perçoit-on une tendance timide vers son humanisation. Ce qui change vraiment, c'est la volonté des pays neutres d'être en dehors des conflits. Vattel érige en principe constant et absolu l'immunité des territoires neutres ; personne ne remettra

cette règle en question. A cette vision volontariste et active de la neutralité, s'ajoute la notion nouvelle de la *neutralité armée*, fruit des difficultés à résoudre les problèmes de la guerre maritime. La pratique anglaise en matière de prise, aussi unilatérale qu'inéquitable, conduit les neutres à réagir vivement ; à l'initiative de la Russie, une *Ligue des neutres* se constitue en 1780 ; elle proclame la liberté totale de navigation des bateaux neutres, reprend la règle « bateau neutre, marchandise neutre » et affirme le droit des navires neutres de circuler sous protection militaire. Ainsi se bâtit, à l'aube du XIX^e siècle, le droit contemporain de la neutralité.

Section III

Du système interétatique à la Société des Nations (1815-1920)

En 1815, l'Europe s'interroge : au terme de vingt-cinq années de guerre, comment assurer la paix ? Le libre arbitre de l'État souverain est au cœur des débats. Pour brider l'anarchie des souverainetés, une organisation internationale n'est-elle pas nécessaire ? Celle-ci s'esquisse, d'ailleurs, au fil du siècle, lorsque se développe et s'impose une solidarité technique entre les États et que se construit un droit international de plus en plus éloigné de la politique.

25 DROIT INTERNATIONAL ET POLITIQUE : UNE FRONTIÈRE IMPRÉCISE. — Au cours de l'histoire, certains principes ont guidé la conduite des affaires publiques. Moralement élevés, ils ont souvent permis de présenter la politique sous un aspect idéal. Plus d'une fois ces principes ont été invoqués comme des principes du droit des gens. Au XIX^e siècle, ils sont cinq : la souveraineté, l'équilibre, la légitimité, la nationalité et l'égalité des États. Quelle est leur nature : juridique ou politique ? Ont-ils permis le perfectionnement du droit international et, au-delà, contribué à l'avènement d'une société internationale moins anarchique et donc à la paix du monde ?

26 1 / Le principe de souveraineté s'est imposé, au XIX^e siècle, comme une base solide de discussion entre les États. La coexistence d'États indépendants étant la condition même de

l'existence du droit international, ce principe est important. Mais le progrès du droit international a souvent été contrarié par son utilisation excessive ; plus d'une fois la souveraineté s'est révélée non seulement comme un obstacle au droit international mais même comme son antithèse. Tout au long du XIX^e siècle, la question revient sans cesse : faut-il mettre en avant la souveraineté intangible de l'État au lieu d'affirmer fortement que le fondement de la communauté internationale est la solidarité nécessaire des États qui la composent ? Le principe de souveraineté relève surtout du droit interne ; dans l'ordre international il représente l'affirmation de la personnalité de l'État et se confond avec sa liberté d'action. Plus qu'un principe, la souveraineté est une *donnée* du droit international, aux contours surtout politiques.

27 2 / Le principe d'équilibre a été particulièrement mis en œuvre dans tous les actes diplomatiques qui, en 1814-1815, autour du congrès de Vienne, ont réglé le sort de l'Europe. Ensuite de Londres (1840) à Versailles (1919), en passant par Paris (1856) et Berlin (1878 et 1884), il est demeuré un dogme incontestable de la politique internationale. Il ne faut pas méconnaître ses avantages, car il a souvent exercé une heureuse influence sur la politique. Mais il n'a pas, pour autant, assuré à l'Europe une paix durable. Son application a été semée de difficultés. Outre son caractère peu défini, son défaut le plus important (et fort ancien) est que, derrière une belle maxime, beaucoup d'États ont réalisé des projets peu altruistes. De nombreux auteurs, au XIX^e siècle, ont soutenu qu'il pouvait être reconnu comme un principe juridique. Mais, au cours de l'histoire, ce principe n'a eu affaire avec le droit que très indirectement. Il a pu ménager un terrain favorable au développement du droit international en facilitant l'aboutissement de négociations et la conclusion de traités. Cependant, il est fondamentalement un principe de politique et non de droit. Il a même pu se trouver en contradiction avec le droit : maintenir l'équilibre n'est pas un motif légitime de guerre. Sans le mettre au ban du droit, on ne peut en faire une règle.

28 3 / Le principe de légitimité doit son existence au traité de Chaumont, au Congrès de Vienne et, enfin, à la Sainte-Alliance. Les puissances signataires de 1814-1815 considèrent que le

maintien de l'autorité royale et de la charte constitutionnelle en France conditionnent « le repos de l'Europe » ; elles s'engagent à « ce que la tranquillité générale ne soit plus troublée » et à tenir périodiquement des réunions « consacrées aux grands intérêts communs ». Considérée comme assagie, la France est associée aux quatre grandes puissances par le protocole d'Aix-la-Chapelle en 1818 ; ainsi se forme la *Pentarchie* prenant la résolution « de ne jamais s'écarter de l'observation la plus stricte des principes du droit des gens, principes qui peuvent seuls garantir l'indépendance de chaque gouvernement et la stabilité de leur association ». A cet ensemble, la Sainte-Alliance apporte l'élément religieux ; les trois monarques signataires, rejoints par presque tous les États européens (sauf l'Angleterre), se considèrent comme *compatriotes* et se promettent aide et secours. Cet ensemble de traités donne à la Pentarchie de véritables fonctions gouvernementales, celles d'un *directoire européen*. Mais, là où l'on prône la solidarité et l'assistance, l'égoïsme règne en maître dans la politique des États. Talleyrand adapte les beaux principes à la réalité et définit le principe de légitimité. *Restaurer* en devient la règle directrice : les dynasties anciennes doivent être rétablies, les trônes assurés et le droit public, en vigueur *avant 1789*, garanti. Pour assurer la paix, il fallait une ligne de défense plus forte que le seul principe d'équilibre. Mais, très vite, l'esprit du siècle, inspiré des idées de la Révolution, souffle sur le continent, mettant en difficulté le principe de légitimité. L'exagération de l'idée de souveraineté, depuis Vattel au milieu du XVIII^e siècle, avait conduit à écarter de plus en plus la thèse ancienne selon laquelle toute violation du droit dans le domaine international est interdite et punissable. Non sans idéalisme, le principe de légitimité la restaure avec, pour corollaire, la politique d'intervention qui devait conduire à la faillite du principe lui-même. En effet, l'intervention dans les affaires intérieures de certains États européens (à Naples et Turin, en Espagne) est en contradiction flagrante avec le droit des gens. La théorie de l'intervention subit défaite sur défaite : aux Amériques avec la déclaration de Monrœ et les indépendances des colonies espagnoles, en Belgique, en Grèce et en France où la Charte de 1830 affirme l'illégitimité de l'intervention. Le principe de légitimité disparaît en 1848 ; considéré en son temps comme un axiome juridique, il faut bien reconnaître qu'il n'a jamais

été un principe du droit des gens. Il est resté de cette période (1815-1848) l'idée que les grandes puissances sont appelées à régir les destinées des petites nations ; elle prendra corps ultérieurement dans la pratique du *Concert européen*.

29 4/ *Le principe de nationalité*, propagé par la Révolution française, prend toute sa force dans la seconde moitié du XIX^e siècle, se substituant au principe de légitimité. Un chef d'État en fait le principe directeur de sa politique étrangère : *Napoléon III*. Après la Belgique et la Grèce, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes enflamme les Balkans, puis atteint la Hongrie, l'Italie et l'Allemagne. Jusqu'en 1919, il inspire la politique européenne. D'apparence séduisante et généreuse, ce principe contient cependant des germes dangereux. Particulièrement mobilisateur, il peut créer des impatiences et conduire au recours à la force, soulevant une question nouvelle : la guerre motivée par des aspirations nationales, est-elle juste et licite ? Plus redoutable encore est l'éventualité de rivalités nationales aussi inexpiables que des guerres de religion. Son importance a été très surfaite chez de nombreux auteurs du XIX^e siècle, en particulier en Italie où Mancini le considère comme le fondement du droit international. En 1874, le juriste allemand Von Bulmerinq est plus réservé : « Il est des guerres nationales fanatiques qui pourraient surgir dans l'avenir » ; il ajoute que ce principe ne peut en aucun cas être élevé au rang de principe juridique et doit rester dans le domaine politique. Quant à la question fondamentale : « Qu'est-ce qu'une nation ? », elle a reçu des réponses diverses, voire diamétralement opposées du discours de Fichte « à la nation allemande » en 1806 à la conférence de Renan en 1884. Faut-il donner la priorité à la race et à la langue ou privilégier la volonté de vivre ensemble ?

30 5/ *Le principe d'égalité des États* dérive de la conception d'une société internationale formée d'États indépendants et souverains. Le droit ne peut se contenter d'un simple équilibre, principe politique dépendant de la force. Il veut quelque chose de plus et de différent : une égalité de droit. Remontant à l'Antiquité, ce principe n'a jamais été combattu par la doctrine et la pratique l'a reconnu. De Vienne en 1815 à Paris en 1856, seules les Grandes

Puissances s'accordent sur les règles à créer ; mais celles-ci n'étant obligatoires que pour les parties contractantes, et la liberté étant donnée aux autres de s'y associer ou pas, l'égalité est de règle entre toutes les parties concernées. Après 1856, et en particulier aux Conférences de la paix de la Haye en 1899 et 1907, tous les États intéressés ont participé à l'établissement de nouvelles règles du droit international qu'ils aient été moyens, petits ou même non européens. L'égalité juridique des États est incontestablement un principe de droit international positif. Mais, là où les intérêts politiques prennent le pas sur les intérêts juridiques, la situation est différente. La *Pentarchie* est une organisation politique en contradiction avec le principe de l'égalité des États. Son influence a été sensible jusqu'au début du XX^e siècle dans le *Concert européen* ; dans ce système politique, les Grandes Puissances ont établi comme un corps dirigeant prétendant exercer une action sur le monde entier. Il a apporté un peu d'ordre dans l'anarchie des politiques de force ; mais, de la crise belge en 1830 à la crise balkanique en 1912-1914, le *Concert européen* n'est pas arrivé à s'ériger en institution régulière veillant à la paix et à la justice entre les États. Son action a été en contradiction avec les principes de souveraineté, d'égalité et d'indépendance des États. Sorte de syndicat intermittent, fondé par (et pour) les Grandes Puissances, il n'a jamais été au service du droit international, n'hésitant pas à imposer sa loi à qui ne pouvait pas s'y soustraire. Il a cependant joué le rôle d'un *gouvernement de fait* de la société internationale, étape transitoire entre l'anarchie des souverainetés et la création d'une véritable organisation internationale. Ce dernier point est essentiel. L'égalité, pur principe de droit, est bien une condition de l'existence du droit international. Mais, elle n'en est pas le principe directeur : celui-ci est le principe de la *communauté internationale*. Les États forment une communauté qui élève la vie juridique de chaque État au rang d'une vie juridique internationale. Cette communauté est une communauté d'intérêts fondée sur la solidarité nécessaire des États et des peuples à laquelle tous doivent se soumettre. Dès le milieu du XIX^e siècle, la doctrine commence à reconnaître ce principe sous l'influence des progrès de la technique et des communications qui transforment la vie internationale. Le droit international y trouve un nouveau caractère et une totale indépendance à l'égard du politique : embrassant des domai-

nes étrangers, il se développe toujours plus loin d'elle, reposant désormais sur la solidarité universelle des intérêts internationaux.

31 UN NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL. — Le droit international se renforce au XIX^e siècle, surtout après 1856 : plusieurs assises et conférences traitent exclusivement de questions juridiques. Concernant les sources du droit, on note une évolution de la conception de la coutume. La pratique et la théorie abandonnent les notions de *vetustas*, de consentement tacite et de juste raison. L'accord se fait pour admettre que le caractère obligatoire de la coutume suppose la réalisation de deux éléments : l'élément matériel, *consuetudo*, consistant en la répétition prolongée des mêmes actes et l'élément psychologique, *opinio juris sive necessitatis*, consistant en l'acceptation du caractère obligatoire de la règle ainsi établie. Le droit coutumier se caractérise alors comme l'expression d'une *conscience commune des intéressés*.

32 1 / Jusqu'en 1856, le droit international se détache peu à peu de la diplomatie. Dans la première moitié du XIX^e siècle, les documents diplomatiques n'offrent que de rares dispositions concernant le développement du droit international. Deux faits politiques notables sont cependant à signaler : l'apparition de nouveaux États, en Europe et en Amérique, et l'extension de la communauté internationale hors des limites de l'Europe chrétienne.

a) Tout avait pourtant bien commencé, en 1815, lors du Congrès de Vienne, étape importante dans le développement du droit positif. Trois grandes questions y sont abordées. Le Congrès adopte le principe de la *liberté de navigation* sur les cours d'eaux internationaux. Un règlement international doit déterminer les conditions de navigation ainsi que les droits des autorités riveraines ; ce sera le *Règlement du Rhin*, acte essentiel de Vienne, plus tard étendu au Danube, aux fleuves américains (Missipi, Saint-Laurent, Rio de la Plata), puis au Niger et au Congo dans l'Acte de Berlin de 1885. L'*abolition de la traite des Noirs* est le second résultat notable du Congrès. Elle sera traitée à fond dans le traité de Londres de 1841. Déclarée « en opposition avec les principes de l'humanité », elle peut être considérée comme disparue en 1870. Le dernier apport viennois est le *Règlement sur le rang et le statut des agents diplomatiques*, com-

plété au Congrès d'Aix-la-Chapelle en 1818 et resté en vigueur jusqu'à notre temps.

b) *Après le Congrès de Vienne*, les règlements de droit international se font rares. La suite des congrès s'attache surtout aux problèmes politiques : les questions belge et grecque et celle de l'intervention. Plus juridique, la *neutralité* est à l'ordre du jour avec la proclamation de la neutralité suisse (1815) puis belge (1831) ; celle des grands canaux interocéaniques interviendra à la fin du siècle. Ce qui est vrai des événements politiques européens l'est aussi de ceux qui se déroulent hors d'Europe. En Amérique centrale et méridionale, les indépendances ont posé des questions de droit international mais sans conduire à un progrès de ce droit. Le système interétatique européen a été simplement transposé outre-Atlantique ; la même remarque concerne les événements qui se déroulent en Asie puis en Afrique où le partage colonial s'achèvera selon les règles de l'équilibre. Le droit international européen est devenu mondial.

c) *Le Congrès de Paris de 1856* constitue un tournant dans l'histoire du droit international. Certes, il est d'abord un *acte politique*. Il faut rétablir la paix et assurer l'indépendance et l'intégrité de la Turquie. Si on ne peut nier le caractère juridique de la neutralisation de la mer Noire et l'institution du Danube comme fleuve international, l'essentiel est ailleurs. Le traité déclare que la Turquie doit participer *aux avantages du droit public européen* et, en particulier, voir respecter son indépendance et son territoire. Il est ajouté qu'en cas de désaccord entre la Turquie et une des puissances signataires, une médiation devra intervenir avant le recours aux armes. Outre l'interdiction faite de se mêler des affaires intérieures de la Turquie, le traité de 1856 introduit deux institutions fondamentales du droit international : la *garantie* et la *médiation*, proposant de surcroît l'application générale de cette dernière à tous les litiges sous forme de *bons offices*. Il faut signaler enfin, en marge du traité, la *déclaration du 16 avril 1856 sur le droit maritime* abolissant la course et donnant priorité à la neutralité de la marchandise et du navire sur toute qualification « ennemie ». De très nombreux États, ne participant pas au Congrès de Paris, adhéreront ensuite à cette convention. Par toutes ces dispositions et son caractère *ouvert* à des adhésions ultérieures, ce traité est une étape essentielle. Un changement commence à se réaliser dans le caractère du droit international

comme des congrès qui en traitent. Le Congrès de Paris forme ici une transition. Il annonce le temps des congrès consacrés à statuer en matière de droit international sans qu'une guerre et son cortège de négociations les aient précédés.

33 2/ *Les progrès du droit positif*, dans la deuxième moitié du XIX^e siècle et jusqu'en 1914, trouvent leur source dans les *progrès de la technique* (en particulier dans le domaine des *communications*) ; *l'intensification des relations commerciales internationales* et une attention plus intense portée aux problèmes *sociaux, sanitaires et culturels*. Un puissant sentiment de *solidarité* et de *nécessité* naît de ces nouvelles relations, plus fréquentes et plus étroites, entre les peuples et les États ; cela se traduit par une extension sensible de la sphère du droit international qui change de caractère en répondant aux sollicitations du siècle. Ce nouveau droit international a besoin d'être affiné et codifié. Congrès et conférences vont se multiplier, conduisant dans le dernier quart du siècle à une floraison de conventions. Si l'on s'en tient aux apparences, l'essor du droit international est spectaculaire ; mais n'est-ce pas seulement un progrès de façade, laissant intact le noyau dur des souverainetés ?

a) Les grands congrès politiques abordent parfois les problèmes juridiques. Il en est ainsi de l'acte de Berlin de 1885 à propos du Congo. La Conférence de Samoa, tenue à Berlin en 1889, établit un tribunal international à compétence étendue. Les Conventions de Genève de 1864 et de 1906 humanisent les règles juridiques s'appliquant aux blessés et aux services hospitaliers et sanitaires en cas de guerre. En 1874, une conférence, rassemblant presque tous les États européens se réunit à Bruxelles pour revoir et codifier le droit de la guerre. Les actes diplomatiques issus de ces réunions concernent plus ou moins le droit international.

b) Il n'en est pas de même des traités et conventions touchant aux nouveaux domaines de la législation internationale. Leur contenu est essentiellement juridique. De plus, la plupart de ces accords conduisent à la constitution d'unions, d'organes spéciaux, ébauche d'une *véritable administration internationale*. C'est un *droit administratif international* qui se forme à la fin du XIX^e siècle, même si les structures institutionnelles mises en place restent encore rudimentaires.

Le développement des techniques de communication conduit inéluctablement les États à une interdépendance de plus en plus grande et les contraint à conclure des conventions, communément appelées les *ententes administratives*. En premier lieu, il faut citer l'*Union postale universelle*, fondée à Berne en 1874 par 20 États, revue et élargie ensuite. L'Union est définie « comme un seul territoire postal » pour l'échange des correspondances entre les pays adhérents ; en cas de litige entre eux, le recours est prévu devant un *tribunal arbitral*. De 1875 à 1906, plusieurs conventions concerneront les communications *télégraphiques*. La révolution des modes de transport conduit à la Convention de Berne sur le *transport des marchandises par voie ferrée* (1890) et à celle de Paris sur la *circulation automobile* (1909).

Dans le domaine *économique, financier et juridique*, il faut citer les Conventions de Paris sur le *système métrique* (1875), et la *protection de la propriété industrielle* (1883). La *publication des tarifs douaniers* est prévue à Bruxelles en 1890 et c'est à La Haye en 1899 et 1907 que l'on va s'intéresser aux questions de *procédure* et de *droit international privé*.

Le monde de la culture ne reste pas à l'écart de ce mouvement avec la Convention de Berne sur la *protection de la littérature et de l'art* (1886) ; le *domaine social* est aussi concerné lorsque est signé à Berne, en 1906, le premier texte sur la protection du travail des femmes.

A toutes ces conventions dites *universelles*, car ouvertes à l'adhésion de tous les pays du monde, il fut ajouter des conventions *particulières*, n'intéressant localement que certains États mais comportant des dispositions générales de droit international, comme celles des chemins de fer du Gothard ou de Bagdad, ou encore de la pêche en mer du Nord. Un réseau de milliers de traités, universels ou particuliers, bi ou multilatéraux, enserrait désormais les relations internationales enchevêtrées du monde contemporain, en même temps, une administration internationale s'installe, transcendant peu à peu les frontières. A cela s'ajoute l'élan insoupçonné de l'arbitrage : de 1822 à 1909, 314 traités d'arbitrage ont été signés.

C'est donc un tableau imposant qu'offre le développement du droit international public de 1856 à 1914. Le domaine d'un droit international de caractère politique était étroit ; bousculé par les effets de la civilisation technique, le droit international public s'est

étendu à tous les secteurs de la vie sociale internationale, englobant l'individu (l'ouvrier, l'écrivain, le blessé de guerre...) comme sujet d'un droit international au domaine élargi. Si l'on s'est extasié sur cette *floraison du droit des gens*, ne l'a-t-on surestimée ? Elle n'entame la souveraineté des États que de façon marginale et insensible ; ils peuvent y souscrire sans crainte de voir limiter leur liberté d'action. Une question primordiale n'a guère été soulevée : celle d'une organisation de la société internationale conduisant à une maîtrise des souverainetés et à la sauvegarde de la paix.

34 LA PAIX PAR LE DROIT est la grande espérance de la fin du XIX^e siècle. Mettre à la disposition des États en conflit des procédures permettant d'éviter la guerre, tel serait le point culminant du développement du droit international.

35 LES CONFÉRENCES DE LA HAYE, en 1899 et 1907, s'adonnent à cette tâche.

1 / Si la première conférence (1899) n'a pas atteint son but quant au désarmement, elle aboutit à l'élaboration d'un *ius in bello* dans trois conventions pour le règlement pacifique des conflits internationaux. Celui-ci doit être recherché systématiquement en utilisant les *bons offices* et la *médiation*. La seconde (1907) apporte une série de quatorze conventions concernant surtout le droit de la guerre ; elle recommande aussi la création d'une Cour de justice arbitrale et proclame le principe de l'arbitrage obligatoire, mais sans l'instituer réellement dans la pratique. Accueillis avec scepticisme par l'opinion de la presse, ces résultats montrent cependant un droit international en bonne voie de développement avec, en particulier, l'émergence d'une notion d'*obligation morale* des États. Les juristes manifestent un espoir évident. Quant au droit de la guerre, malgré des lacunes, il a fait un pas en avant. L'espoir, encore timide, d'organiser la paix par le droit semble se préciser. Le rêve se brise sur la tragédie de l'été 1914 ; la guerre emporte l'espérance. N'avait-on pas surestimé les résultats des Conférences de La Haye ? Avec le recul du temps, nombreux sont ceux qui ont reconnu ensuite un optimisme excessif. Ces conférences n'ont établi aucun moyen pour empêcher *réellement* la guerre. L'État souverain continue de pouvoir faire ce qui lui plaît ; aucune obligation juridique ne pèse sur

lui, tout au plus quelques « obligations morales » assorties de clauses restrictives. Les textes de La Haye se contentent de recommandations ; il n'y est pas question de véritable devoir. Le droit international, qui pourtant y reçoit une impulsion notable, reste impuissant face aux volontés politiques et aux réalités diplomatiques. Il défaille en 1914.

36 2 / Avant la guerre, on se dressait contre tout ce qui s'appelait *contrainte* en droit international. L'État était considéré comme un être supérieur à qui on devait faire confiance lorsqu'il avait donné sa parole ; la doctrine rejetait avec force toute *idée de sanction* comme de garantie des sentences arbitrales. La guerre passée, il a bien fallu reconnaître que le droit international devait reposer sur de nouvelles bases plus contraignantes. Ce qui avait été rejeté devenait la pierre d'angle : *la sanction*. Celle-ci ne peut provenir que d'une organisation internationale, extérieure et supérieure aux États. C'est la solution toujours proposée par les grands projets visant à une organisation institutionnelle de la paix depuis W. Penn, l'abbé de Saint-Pierre et Bentham. Publié en 1795, le *Projet de paix perpétuelle* de Kant était appelé à exercer une influence profonde, bien au-delà de son temps. Kant, imaginant une évolution du droit à partir des droits particuliers vers un droit universel, en passant par le stade d'un droit international, réclame, lui aussi, une organisation internationale sous la forme d'une confédération des nations européennes. Le droit public trouvera son fondement dans cette fédération d'États libres, tous de constitution républicaine, souscrivant à un certain nombre de conditions afin d'éliminer à tout jamais la guerre. Dans d'autres textes, Kant a complété sa pensée, évoquant « une puissance et une législation communes », « un droit des gens » auquel chaque État devrait se soumettre et un tribunal international fondé par « une convention mutuelle des peuples ». Ce sont là des conceptions très voisines des réalisations contemporaines, notamment la Société des Nations et la Communauté européenne. Au XIX^e siècle, le projet de Saint-Simon esquisse une Europe des nations et Bluntschli ébauche une *Union des États européens* (1879). Juristes et philosophes se donnent la main pour faire aboutir ce grand projet d'une organisation internationale. Ils sont soutenus par un fort courant d'opinion, s'exprimant presque chaque année dans

des congrès : c'est ainsi qu'en 1849 Victor Hugo préside, à Paris, un congrès pour les « États-Unis d'Europe ». Leur influence reste quasiment nulle sur la politique et sur ses responsables.

37 3 / Il faudra la tragédie de la Grande Guerre pour que le projet d'une *organisation internationale* en vue d'assurer la paix passe de la théorie à la pratique. La *League to enforce peace* propose un court programme comprenant un tribunal, des sanctions et la création d'une Société des Nations. L'acte fondamental est le discours du président Wilson du 8 janvier 1918 exposant ses fameux quatorze points comme un programme pour établir la paix. Le 14^e point réclame la création d'une *Ligue générale des Nations*. Décidée à Paris au printemps de 1919, cette Ligue va conduire à la création de la *Société des Nations*. Sa mise en place a suscité des déceptions ; décidé en tout petit comité, le pacte de la SDN ne répond pas à ce que l'on avait espéré de lui. Conférant la prééminence aux cinq grandes puissances, il porte une atteinte grave au principe de l'égalité des États. Le Conseil de la SDN devient une sorte de directoire mondial sans mandat démocratique, alors que l'absence de nombreux États (et non des moindres, les États-Unis en particulier) entache l'universalité de l'institution. Le pacte est muet sur le caractère obligatoire de l'arbitrage ; les règlements politiques y sont préférés aux règlements juridiques. Quant à la création d'obligations juridiques assorties de sanctions, elle n'a pas été mieux résolue à Genève qu'à La Haye. Ainsi, suivant la conception anglo-saxonne, contrairement au projet français, le pacte a été conclu de façon à ne pas constituer un super-État, capable d'empiéter sur la souveraineté des États ; il s'est agi seulement de les associer, dans leur pleine souveraineté, à une action commune en cas de menace sur la paix. On n'a pas cherché à abolir les guerres ; pire... on leur a laissé trop de portes ouvertes. La *grande politique* continue de s'effectuer en dehors de la SDN dont l'influence sur le maintien de la paix devient vite négligeable. Cependant, *d'un strict point de vue juridique*, le pacte de la SDN même incomplet, constitue un grand progrès dans l'histoire du droit international. Les procédures préventives des guerres y ont été améliorées ; l'idée de sanction y est (timidement) évoquée. La Cour permanente de justice internationale de La Haye a vite accompli une excellente besogne et bénéficié d'une autorité incontestée. La centra-

lisation de l'administration internationale autour de la SDN s'est révélée, à l'expérience, bénéfique.

Au-delà de la balance des espérances et des désillusions, la société internationale et le droit international public sont alors entrés dans ce qui est nôtre aujourd'hui ; ce n'est plus le temps de l'histoire.

Pour aller plus loin

38 OUVRAGES GÉNÉRAUX. — Ils sont nombreux. En guise de prologue, il faut consulter l'*Introduction à l'histoire des relations internationales* de P. Renouvin et J.-B. Duroselle, Paris, Colin, 1965. L'ouvrage essentiel (le seul à évoquer les aspects juridiques de la vie internationale) est l'*Histoire des relations internationales* publiée par P. Renouvin, 8 vol., Paris, Hachette, 1953-1958, rééd. En 3 vol., Hachette, 1994. Pour une histoire événementielle, consulter : J. Droz, *Histoire diplomatique de 1648 à 1919*, Paris, Dalloz, 1959, et J.-B. Duroselle, *Histoire diplomatique de 1919 à nos jours*, Paris, Dalloz, rééd., 1993. Du côté des ouvrages plus anciens, le *Manuel historique de politique étrangère* de E. Bourgeois, 4 vol., Paris, Belin, 1945-1949 (1^{re} éd., 1893-1925), reste utile. Parmi les ouvrages récents : L. Bely, *Les relations internationales en Europe, XVII^e-XVIII^e siècles*, Paris, PUF, 1992 ; Ch. Zorgbibe, *Histoire des relations internationales (1815-1993)*, 4 vol., Paris, Hachette, 1995 et J.-P. Bois, *L'Europe à l'époque moderne (origines, utopies et réalités de l'idée de l'Europe), XVI^e-XVIII^e siècle*, Paris, Colin, 1999.

39 APPROCHE JURIDIQUE DE L'HISTOIRE DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE. — H. Wheaton, *Histoire du progrès du droit des gens...*, 3^e éd., Leipzig ; F. A. Brokhaus, 1853 ; E. Nyss, *Les origines du droit international*, Thorin, 1894 ; E. Dupuy, *Le principe de l'équilibre de la paix de Westphalie à l'acte d'Algésiras*, Paris, Perrin, 1909 ; A. Raestaed, *La mer territoriale*, Paris, Pedone, 1913 ; G. Van Vollenhoven, *Les trois phases du droit des gens*, La Haye, Nijhoff, 1919 ; A. Redslob, *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, Rousseau, 1923 ; A. Nussbaum, *A concise history of the law of nations*, NY, Macmillan, 1954 ; W. G. Grewe, *Epochen der völkerrechtsgeschichte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1984 ; J. H. W. Verzijl, voir *supra*, bibliogr. gén. ; K. H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte*, München, 1995 ; A. Truyol y Serra, *Histoire du droit international public*, Paris, Economica, 1995 ; H. Legohéril, *Histoire du droit international public*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1996 ; L'histoire des institutions diplomatiques a fait l'objet d'importantes publications récentes. A. Wijffels a analysé avec pertinence la recherche d'un modèle idéal du « parfait ambassadeur », loin d'être réalisé dans la pratique de l'époque : Le statut juridique des ambassadeurs d'après la doctrine du XVI^e siècle, *Publ. du Centre européen d'études bourguignonnes (XIV^e-XVI^e siècle)*, n° 32, p. 127-142, Neuchâtel, 1992. L'ouvrage collectif, *L'invention de la diplomatie*, Paris, PUF, 1998 (sous la dir. de L. Bely), nous fait découvrir les progrès de la recherche dans l'histoire des pratiques et des institutions diplomatiques. *La guerre de course*, dans sa dernière période, a été analysée par F. Le Guellaff dans sa thèse : *Armements en course et droit des prises maritimes (1789-1856)*, PU Nancy, 1999, 928 + CIII p. ; outre une étude

approfondie de la notion de *course*, on y trouvera des exposés très nouveaux sur les débats, à propos de l'existence de la course, devant les assemblées révolutionnaires et sur le Congrès de Paris de 1856, en particulier quant à la Déclaration concernant le droit maritime et l'abolition de la course.

La question de la frontière a trouvé sa synthèse quasi définitive dans l'ouvrage de D. Nordman, *Frontières de France, de l'espace au territoire (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, Gallimard, 1998. Il faut y ajouter les Actes des Journées d'histoire du droit de Bayonne : *La frontière des origines à nos jours*, PU Bordeaux, 1998, et les articles de M. Bottin : Les développements du droit de la mer en Méditerranée occidentale du XII^e au XIV^e siècle, *Rec. des mem. et des tr. de la soc. d'hist. des anc. pays de dr. écrit*, 1983, p. 11-28, et : La frontière de l'État, approche juridique et historique, *Territoires frontaliers, Sciences de la société*, PU de Toulouse - Le Mirail, n° 37, 1996, p. 15-26.

Document n°2

Chapitre II

L'existence et les particularités du droit international

Pour qui observe de bonne foi et sans *a priori* la réalité des relations internationales, l'existence du droit international paraît difficilement contestable. Cette constatation d'évidence ne suffit cependant pas aux négateurs du droit international, qui sont légion et s'obstinent à nier sinon toujours son existence, du moins son existence en tant que «vrai» droit, c'est-à-dire sa juridicité. Il n'est pire aveugle que celui qui a décidé de ne pas voir...

Toutefois s'il paraît peu douteux qu'il existe bien «quelque chose» qui porte le nom de droit international (section 1), ce «quelque chose» est très profondément différent du droit interne avec lequel il faut cesser de vouloir le comparer à tout prix: ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre, il n'en correspond pas moins à des logiques nettement distinctes (section 2).

SECTION 1. L'EXISTENCE CONTESTÉE DU DROIT INTERNATIONAL

N'en déplaise aux négateurs du droit international, il existe et se rattache bien à la grande famille «du» droit, dont il constitue incontestablement une branche, au même titre que les chiens et les chats sont les uns et les autres des animaux, des vertébrés et les mammifères (vous remarquerez que je n'ai pas pris les singes et les hommes comme éléments de comparaison: mes collègues internistes eussent eu trop beau jeu à se voir en hominidés...).

§1. La «positivité»¹¹ du droit international

Il n'est guère d'enseignement de droit international qui ne commence par des développements sur l'existence du droit international. Dure condition que celle des internationalistes, tenus de *prouver* que leur discipline «existe» Imagine-t-on un professeur de droit civil ou de droit administratif s'employer à démontrer que son enseignement a un objet réel? qu'il ne porte pas sur une chimère? Évidemment non; mes collègues internistes, qu'ils soient privatistes ou publicistes, commencent leurs cours,

11. Le mot «positif» a deux sens bien différents en droit international; dans son acception première, il désigne le droit qui est «posé» par un acte volontaire; dans son sens dérivé il vise le droit effectivement en vigueur; la domination doctrinale de l'école volontariste (v. *supra*, p. 32) a longtemps été telle que les deux acceptions en sont venues à être considérées comme interchangeables. C'est évidemment dans son second sens qu'il est utilisé ici. Sur ces définitions, v. notamment Roberto Ago, «Droit positif et droit international», *A.F.D.I.*, 1957, pp. 14-62.

ALAIN PELLET

selon les cas, par une définition des contours et de l'objet de la matière ou par un historique de la cristallisation de la discipline universitaire qu'ils enseignent en une branche du droit; mais il ne leur vient certainement pas à l'idée de consacrer un temps précieux à établir l'existence de celle-ci. Le droit civil, le droit pénal, le droit commercial existent; c'est comme cela; c'est un postulat.

Ils ont raison sans doute: ils «font» du droit civil, ou commercial, ou pénal; les avocats, les notaires, les services juridiques des administrations publiques ou des entreprises «font» du droit; les fonctionnaires, les commerçants, les automobilistes, les piétons, les «usagers», les contribuables, les époux et même les concubins, sont soumis, dans leur vie quotidienne à une multitude de règles juridiques, qu'ils respectent ou qu'ils transgressent, dont ils approuvent ou désapprouvent le contenu, mais sans éprouver jamais (presque jamais...) de doute sur leur juridicité; et cela suffit à établir que le droit interne, les différentes branches du droit interne, «existent»...

Le droit international public¹², à vrai dire, ne fait pas exception à la règle générale. Sans doute, moins de gens «font»-ils du droit international que du droit civil ou commercial, mais les directions des affaires juridiques des Ministères des Affaires étrangères y sont influentes; les diplomates consacrent beaucoup de temps et d'énergie à discuter l'emplacement d'une virgule dans le texte des traités qu'ils négocient, ou même des résolutions qu'ils adoptent au sein des organisations internationales, dont les services juridiques, de leur côté, ne chôment pas; les Chefs d'État, les Ministres, les Ambassadeurs s'emploient, avec conviction ou adresse, à dénoncer les turpitudes juridiques des autres États et à démontrer que, pour sa part, leur gouvernement respecte, à la lettre et dans leur esprit, toutes les obligations découlant du droit des gens; les avocats invoquent celles-ci devant les tribunaux et ceux-ci les appliquent (en principe et quand ils les connaissent, ce qui est très loin d'être toujours le cas!). Plus généralement, comme l'a superbement montré Guy de Lacharrière, les États ont, à n'en pas douter, une «politique juridique extérieure»¹³, ils tentent d'agir sur le droit international, d'influencer son contenu, de l'utiliser et ils se sentent entravés dans leur action par ses normes. Dès lors, comme l'écrit Prosper Weil, paraphrasant le titre d'un ouvrage d'André Froissart qui a fait quelque bruit en France naguère¹⁴, «Le droit international existe, je l'ai rencontré»¹⁵.

Et pourtant, tout ceci ne suffit pas. Les Diaforus¹⁶ du droit international persistent et signent: «Votre droit international a peut-être l'air d'exister, mais ce n'est qu'apparence car il ne peut pas exister; il ne devrait pas; il ne doit pas... Donc, il n'existe pas!».

12. International par son objet, le droit international privé est, pour sa part, un droit national par l'origine de ses règles.

13. Guy de LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, Economica, Paris, 1983, 236 p.

14. *Dieu existe, je l'ai rencontré*, Fayard, Paris, 1969, 185 p.

15. *op. cit.*, note 6, p. 47.

16. Les Diaforus sont des médecins qui, dans la pièce de Molière, *Le malade imaginaire*, préfèrent laisser le malade mourir selon les règles que le guérir malgré elles (acte II, scène V).

§2. Les négations de l'existence ou de la juridicité du droit international

En simplifiant quelque peu, ces négateurs se divisent en deux groupes. Pour les uns, essentiellement des non-juristes, des sociologues, des politologues, les relations internationales reposent sur de purs rapports de puissance; ce que l'on appelle «droit international» n'est, dès lors, qu'un instrument aux mains des plus forts, un ensemble de règles commodes qui expriment ces rapports de puissance, mais ne présentent, par rapport à elles, aucune spécificité: les puissants peuvent les modeler et les modifier à leur guise en fonction de leurs intérêts. Telles sont les vues des tenants de la «*realpolitik*», illustrée au cours des années d'après-guerre par l'américain Morgenthau ou le français Raymond Aron¹⁷. Les autres, souvent juristes de formation, comme l'anglais John Austin¹⁸, admettent qu'il existe «quelque chose» que l'on appelle droit international, mais ils en contestent la juridicité au nom d'une «certaine idée» qu'ils se font du droit (et de la souveraineté): selon eux, il est inconcevable qu'un souverain, qui est à l'origine des règles juridiques, puisse être soumis au droit; d'ailleurs constatent-ils, confondant sanction et répression¹⁹, le non-respect du droit international n'est pas effectivement sanctionné.

Un examen, même superficiel, du comportement des acteurs des relations internationales, suffit à contredire ces thèses qui n'ont, à vrai dire, que l'apparence de la logique et, bien que ce cours ne soit pas le meilleur «angle d'attaque» pour les réfuter²⁰, il contribuera, je pense, à le faire. Il suffit, à ce stade, de formuler trois remarques:

- en premier lieu, c'est justement parce que la société internationale est constituée d'abord d'États souverains que l'existence d'un corps de règles s'appliquant à leurs rapports *inter se* est particulièrement indispensable; nous reviendrons plus longuement sur cette idée, que je crois fondamentale, dans le chapitre suivant;

- en deuxième lieu, les «négateurs» confondent l'effectivité du droit avec son existence: ce n'est pas parce qu'une règle est violée qu'elle n'est pas juridique²¹;

- enfin et en troisième lieu, les doctrines «négatrices» procèdent à l'envers: au lieu d'observer la réalité et d'en tirer des conséquences quant à la définition du droit, elles partent d'une définition «toute faite» du concept de droit et elles en déduisent que le droit international n'est pas du droit véritable car il n'entre pas dans cette définition donnée *a priori*.

Il n'est pas surprenant que les théoriciens de la non-juridicité du droit international se recrutent surtout parmi les internistes. Formés au droit interne, ces juristes ne conçoivent le droit qu'à l'image de ce qu'ils connaissent: les droits nationaux. Consta-

17. V. par exemple Hans J. MORGENTHAU, *Politics Among Nations – The Struggle for Power and Peace*, Knopf, New York, 1960, 630 p. ou Raymond ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, Paris, 1984, 794 p.

18. *Lectures on Jurisprudence for the Philosophy of Positive Law*, Campbell, London, 1879, 2 vol., 1169 p.

19. V. *infra*, section 2, §2.

20. Elles sont surtout contredites par l'étude de la mise en œuvre des normes juridiques internationales.

21. V. *infra*, section 2, §2.

tant que le droit international ne correspond pas aux schémas dont ils ont l'habitude, ils le frappent d'anathème et déclarent péremptoirement que «ce n'est pas du droit».

En réalité, nous allons le voir, «le droit international est du droit», mais c'est un droit différent, dont la spécificité est, en effet, tout à fait frappante. Je n'irais pas, bien sûr, jusqu'à prétendre que c'est le seul «vrai» droit, mais il me semble que l'on peut aller encore un peu plus loin et constater que ses particularités mêmes en font un formidable «laboratoire juridique» en ce sens qu'il permet d'observer de manière plus commode que le droit interne la manière dont les règles juridiques naissent, évoluent et s'appliquent, car c'est, d'une certaine manière, un droit plus «nu», plus «naturel» que les droits nationaux, dont la très forte institutionnalisation et l'extrême technicité font oublier tout ce qu'ils doivent aux rapports de force dont, pourtant, eux aussi sont issus.

SECTION 2. UN DROIT DIFFÉRENT

En dépit de son indéniable spécificité, le droit international public constitue sans aucun doute un véritable système juridique, dont l'autonomie permet de le considérer comme un ordre juridique à part entière.

§1. La spécificité du droit international

Le droit national s'applique à une société puissamment intégrée dans laquelle les solidarités sont très développées, ce qui se traduit par une institutionnalisation poussée. La société internationale au contraire est faite d'abord de souverainetés juxtaposées dont les rivalités demeurent fortes. Dans les deux cas, le droit traduit ces rapports de forces; mais alors que, au sein de l'État, ceux-ci sont occultés par l'extrême sophistication des mécanismes d'élaboration des normes, au plan international ils apparaissent beaucoup plus ouvertement.

Ceci ne signifie nullement que le droit international soit plus «politique» ou «politisé» que les droits nationaux; toute norme juridique est le résultat d'un processus politique et ceci est vrai même dans les États de droit démocratiques contemporains; pour prendre un exemple simple, la loi résulte d'un vote du Parlement dont la composition reflète les rapports (très complexes) qui existent entre les groupes sociaux au sein de la communauté nationale au moment où elle est votée (ou, en tout cas, lors des élections qui ont porté au pouvoir la majorité qui la vote). Simplement, la légitimité de ce processus d'élaboration n'est plus contestée par personne; le juriste peut, dans ces conditions, ne s'intéresser qu'au résultat de ce processus éminemment politique et affecter de n'être pas concerné par ce qui s'est passé «avant», en amont – ou, plus exactement, les internistes abandonnent l'investigation de cet «avant» à des juristes spécialisés, les constitutionnalistes, qu'ils regardent avec une méfiance presque égale à celle dont ils gratifient les internationalistes. Non sans raison: le droit constitutionnel, lui aussi, est «impur» en ce sens qu'il ne peut, raisonnablement, être étudié «en soi», sans considération pour l'amont, pour le politique – et c'est tellement vrai que, dans

la plupart des pays, le droit constitutionnel est enseigné conjointement avec la science politique.

Dans la sphère internationale, la *légitimité* des règles de droit ne va pas d'elle-même; l'internationaliste est tenu de l'établir; à cette fin, le «droit constitutionnel» –c'est-à-dire d'abord l'étude des processus de formation des normes juridiques– tient une grande place dans l'enseignement du droit international²².

Ceci étant, s'il y a là une différence d'approche, elle est de nature universitaire et académique et ne porte pas sur le fond du droit ni sur ses techniques. Or celles-ci sont très particulières: le droit international régit les relations entre des «sujets» qui présentent des traits tout à fait spéciaux et, contrairement au droit interne, ses modes de formation et ses techniques de mise en oeuvre sont fortement décentralisés.

1. Les sujets du droit international

Un sujet de droit est une personne ayant «la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations» en vertu d'un système juridique donné et de «se prévaloir de ses droits par voie de réclamation ...»²³. Comme l'a relevé la Cour internationale de Justice, «[l]es sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits»²⁴.

À cet égard, le droit international ne se distingue pas des droits nationaux. Dans les deux cas, les sujets de droit sont diversifiés; dans les deux cas, l'État a la capacité de jouir de droits et est titulaire de devoirs – et est donc un sujet de droit; dans les deux cas, il existe des rapports de subordination entre l'État –ou les États– d'une part, et les autres sujets de droit d'autre part. Mais c'est dans ce passage du singulier au pluriel que réside la grande différence. En droit interne, le détenteur de la souveraineté est unique; qu'on l'attribue au peuple, à la nation ou à l'État, elle apparaît comme la manifestation d'un pouvoir suprême et n'est pas concurrencée. Il en va tout à fait différemment au plan international: la souveraineté –nous y reviendrons plus longuement dans le chapitre III– y est éparpillée; chaque État est souverain; et le droit international résulte du heurt de ces souverainetés juxtaposées.

Une autre grande différence tient à la nature des autres sujets de droit. Longtemps, le droit international a été défini comme le droit entre les États, à l'exclusion de tout autre sujet. Une telle définition n'est plus acceptable aujourd'hui – et sur cela nous reviendrons aussi dans la suite de ce cours: les droits appartenant aux États coexistent avec ceux des personnes privées, des organisations internationales, des peuples, voire

22. Les mécanismes de formation des normes ne sont pas le seul facteur de légitimité. V. surtout sur ce point les travaux de Thomas M. FRANCK, qui énumère quatre «*indicators of legitimacy*»: «*determinacy*», «*symbolic validation*», «*coherence*» et «*adherence*» («*Fairness in the International Legal and Institutional Systems*», R.C.A.D.I. 1993-III, vol. 240, pp. 48-61; v. aussi, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford U.P., 1990, VIII-303 p.). Nous reviendrons sur ce point dans le chapitre VII, *infra*.

23. C.I.J., avis consultatif du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Rec. 1949, p. 179.

24. *Ibid.*, p. 178.

avec ceux dont la communauté internationale elle-même est directement titulaire. Mais l'articulation entre les droits des États d'une part et ceux des autres sujets du droit international d'autre part y est très différente:

– dans l'État, l'existence de la personne humaine s'impose à l'État; à la suite des révolutions des droits de l'homme, «l'éminente dignité de la personne humaine» apparaît comme une donnée immanente; l'individu n'est pas une création juridique, il existe en soi et, en tant que tel, il a certainement des droits, peut-être aussi des devoirs; cette idée ne s'est pas encore complètement imposée dans la sphère internationale; certes, au regard du droit international contemporain, l'individu est aussi un sujet de droit; mais les droits qui lui sont reconnus le sont par l'État et il n'a eu longtemps que ceux qui lui sont reconnus par lui; jusqu'à une époque très récente, il n'a été considéré que comme un sujet secondaire, dérivé, dont les droits varient et sont modulés en fonction de la volonté de l'État dont il est ressortissant²⁵, même si cette vision réductrice commence à changer – et c'est l'une des mutations les plus fondamentales du droit international contemporain, sur laquelle je reviendrai dans le chapitre VI;

– le caractère de sujets dérivés du droit international n'est pas discutable en ce qui concerne les organisations internationales: créées par les États elles ont, et elles n'ont que, les droits dont ceux-ci les dotent ou qui leur sont nécessaires pour atteindre les buts et s'acquitter de la mission qu'ils leur ont assignés;

– quant aux droits des peuples ou de la communauté internationale, ils concurrencent ceux des États d'une manière comparable, à certains égards, avec la «concurrence juridique» qui existe entre les États eux-mêmes alors que, il faut y insister, la souveraineté dans l'État n'est pas concurrencée²⁶.

Cette structure très particulière de la société internationale, dans laquelle les États occupent une place non plus exclusive mais toujours centrale, explique les particularités des modes de formation et des modalités d'application du droit international.

2. La formation du droit international

Dans les États modernes, la formation des règles juridiques est le fait d'organes spécialisés; centralisation et spécialisation en sont les principales caractéristiques. Certes, ces constatations doivent être relativisées: la coutume, qui «sourd» du corps social dans son ensemble n'a pas complètement disparu, mais, même dans les pays de *common law* elle est largement supplantée par le droit d'origine parlementaire ou gouvernementale; certes aussi le «pouvoir législatif» ne réside plus exclusivement (en admettant que ce fût le cas jadis) dans le Parlement, qui, dans tous les États modernes le

25. Au sens le plus large du terme: dont il «ressortit» ou «dépend» au moment où le problème de l'existence ou de l'étendue de ses droits se pose, sous réserve de possibles normes impératives du droit international général (*jus cogens*) qui conduisent cependant à nuancer cette analyse (v. *infra*, chapitre VII).

26. Sans doute, pour reprendre les termes de la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1793, «quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs» (préambule, article 35); mais, d'une part, le phénomène est juridiquement marginal et, d'autre part, il n'est sans doute pas abusif de considérer qu'ici le peuple est le véritable détenteur de la souveraineté de l'État.

partage avec le Gouvernement; certes encore, la formation autoritaire des règles juridiques n'exclut pas l'adoption de normes «décentralisées» élaborées par les sujets de droit eux-mêmes principalement par la voie contractuelle. Mais, globalement, le fait est: l'auto-régulation par les personnes privées est fortement encadrée et limitée par le droit d'origine étatique qui s'impose à elles, et qui est le fait d'organes expressément investis du pouvoir de «fabriquer» du droit, même si ce pouvoir est, aujourd'hui, partagé entre le «législatif» traditionnel et le gouvernement et si la vieille trilogie de Montesquieu s'en trouve mise à mal...

Rien de tel dans l'ordre international. Le pouvoir de «faire le droit» y est diffus, éparpillé dans l'ensemble du corps social. Et cela se traduit par l'existence de coutumes, générales ou spéciales, résultant des pratiques suivies par ceux-là même auxquels elles s'appliquent, qui en viennent à les «accepter comme étant le droit»²⁷ et par la généralisation du procédé contractuel sous la forme de traités, bilatéraux ou multilatéraux, «établissant des règles expressément reconnues»²⁸ par les États (ou plus accessoirement, les organisations internationales ou les mouvements de libération nationale) qui y sont volontairement parties.

Ici encore, il faut se garder de toute systématisation abusive; dans la sphère internationale aussi il existe quelques normes autoritaires, qui s'imposent aux sujets de droit, y compris aux États, même lorsque leurs destinataires n'ont pas contribué à leur formation; il peut arriver que ces normes soient adoptées par des organes expressément dotés de pouvoirs à cette fin (et l'on pense surtout au Conseil de sécurité des Nations Unies ou à certaines organisations régionales et d'abord aux Communautés européennes); et, comme tout système juridique, le droit international comporte des règles –d'ailleurs lacunaires et d'un maniement difficile– applicables dans l'hypothèse où coexistent des normes incompatibles. Il n'empêche; vu de Sirius, le droit international se caractérise par

- la rareté des normes autoritaires;

- l'absence de hiérarchie entre les normes (qui résulte de l'inexistence de toute hiérarchie organique²⁹, sauf au sein des organisations internationales, mais on peut considérer qu'il s'agit alors d'ordres juridiques particuliers, distincts de celui que constitue le droit international public); et

- la décentralisation normative.

3. L'application du droit international

À cette décentralisation normative correspond une décentralisation des mécanismes de mise en œuvre du droit international.

27. Pour reprendre la célèbre formule de l'article 38, paragraphe 1.b) du Statut de la C.I.J.

28. *Ibid.*, paragraphe 1.a).

29. Dans l'État, on peut, en simplifiant quelque peu, considérer que Constituant originaire (peuple) > Parlement > Gouvernement et que ceci entraîne cette autre proposition: Constitution > loi > règlement.

Dans l'État –et c'est l'une de ses caractéristiques les plus frappantes– la contrainte est centralisée; l'État lui-même en a le monopole et il l'exerce par des organes, ici encore, spécialisés: administration, police, juges. La société internationale est dépourvue de tels organes.

Pas davantage que l'Assemblée générale des Nations Unies n'est un législateur à l'échelle mondiale, la Cour internationale de Justice, pourtant «organe judiciaire principal des Nations Unies»³⁰, ne peut être comparée aux juridictions nationales: celles-ci bénéficient d'une compétence de principe qui assure que tout litige (à de très, très rares exceptions près) opposant des personnes privées entre elles ou à la puissance publique peut trouver une issue contentieuse et l'on peut considérer que la marque de l'État de droit est l'exclusion du déni de justice; au contraire, la compétence de la Cour mondiale est purement consensuelle; et si ses arrêts bénéficient de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*), ils ne sont pas «exécutoires» en ce sens que leur mise en œuvre dépend, pour l'essentiel, de la bonne volonté de la partie qui a succombé sans que celle qui a triomphé puisse beaucoup espérer du secours d'une très hypothétique «force publique internationale», malgré les timides perspectives ouvertes par l'article 94 de la Charte des Nations Unies³¹. Les mêmes remarques valent, *a fortiori*, pour les autres juridictions internationales et pour les tribunaux arbitraux, que les parties à un litige international peuvent créer volontairement, sur une base *ad hoc*, en tant que de besoin.

Ceci aussi constitue l'une des grandes différences entre le droit interne et le droit international, qu'il faut s'habituer à «penser» dans une perspective non contentieuse, non juridictionnelle. La Cour internationale de Justice l'a constaté: «Dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire l'objet en dernier ressort d'une procédure juridique»³² a toujours constitué la règle plutôt que l'exception»³³.

Quant à la contrainte au service de l'application du droit, elle demeure, elle aussi, diffuse, éparpillée. Sans doute, à la différence de ce qui était le cas dans la société internationale traditionnelle souvent appelée «système westphalien»³⁴, les États ne peuvent-ils utiliser la force armée pour se faire justice à eux-mêmes³⁵, mais la guerre comme moyen de régulation de la société internationale n'a pas été remplacée par un mécanisme centralisé de recours à la force. Le chapitre VII de la Charte des Nations

30. Articles 92 de la Charte et 1er du Statut de la Cour.

31. Cette disposition rend l'intervention du Conseil de sécurité possible (mais non obligatoire) pour faire exécuter un arrêt de la C.I.J., ce qui se comprend si l'on considère que sa «responsabilité principale» est le maintien de la paix et de la sécurité internationales; pas le respect du droit.

32. Il faut lire «juridictionnelle».

33. Arrêt du 18 juillet 1966, *Sud-Ouest africain (2ème phase)*, Rec. 1966, p. 46.

34. Non sans arbitraire, la Paix de Westphalie (1648) est considérée comme la consécration de l'ordre juridique international moderne reposant sur le principe d'égalité souveraine des États.

35. Ils y ont renoncé par étapes depuis 1907 (Convention Drago-Portes interdisant le recours à la force armée pour le recouvrement des dettes contractuelles) jusqu'au point d'aboutissement que constitue l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies, en passant par le Pacte de la S.d.N. et le Pacte Briand-Kellogg (1928).

Unies organise bien un mécanisme de «sanctions» internationales répressives, y compris militaires, mais

1.^o ces sanctions visent au maintien et au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales et non, prioritairement, au respect du droit international même si, bien sûr, l'un peut aller (mais ne va pas forcément) de pair avec l'autre; et

2.^o elles sont entreprises au moyen de «forces aériennes, navales ou terrestres de Membres des Nations Unies»³⁶, ce qui montre bien que ceux-ci restent, en dernière analyse, les seuls détenteurs des moyens de la force armée (à défaut de demeurer maîtres de la décision d'y recourir).

Indépendamment même du recours à la force armée, il existe d'autres moyens de contrainte dans la société internationale et, ici encore, la Charte des Nations Unies autorise l'Organisation mondiale à y recourir. Mais ce mécanisme centralisé, qui poursuit d'autres objectifs que le respect du droit, demeure extrêmement marginal et c'est, incontestablement, la «justice privée» qui domine dans la sphère juridique internationale. Comme l'a écrit Denis Alland, «on doit constater que la cohérence et la préservation des relations juridiques interétatiques sont entre les "mains" des États»³⁷.

Il est évident que le tableau que je viens de brosser à grands traits fait apparaître un système juridique qui a peu de chose à voir avec le droit interne, le droit «par excellence», dont nous sommes nourris, mais dont il est absolument indispensable d'oublier les schémas pour mener un raisonnement juridique correct au plan international. Certes, on peut, peut-être, parler de «fonctions législatives», «juridictionnelles» ou «exécutives» dans la sphère internationale³⁸, mais d'organes législatifs ou exécutifs ou juridictionnels spécialisés, point. La décentralisation demeure le mot d'ordre.

§2. Un ordre juridique à part entière

On en revient alors à la question, lancinante et essentielle: tout cela mérite-t'il le nom de «droit»? Sans aucun doute oui, mais à condition de ne pas avoir de ce concept une vision préconçue et de ne pas se fonder sur un critère artificiel mais largement inadapté, celui de la sanction-répression; car, et ceci résulte à l'évidence des caractères particuliers du droit international que je viens de décrire sommairement, il est clair que la répression des manquements au droit n'y est pas assurée de manière aussi rigoureuse ou, en tout cas, aussi efficace, que celle des violations du droit interne.

36. Article 42 de la Charte. L'article 43 prévoit la conclusion (jamais concrétisée) d'accords sur les modalités de la mise de ces forces à la disposition des Nations Unies; mais ceci ne modifie pas les données du problème.

37. *Justice privée et ordre juridique international – Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Pédone, Paris, 1994, p. 432. Il est vrai que l'auteur ajoute aussitôt: «... c'est un enseignement d'importance que la pratique des contre-mesures est réduite».

38. V. à cet égard le cours préc. (note 6) de G. Abi-Saab, qui est largement construit à partir de la distinction entre ces trois fonctions (cf. pp. 127-317). L'expression «fonction législative» n'est, de toutes manières, guère appropriée, la création de normes juridiques y étant infiniment plus «contractuelle» (par le biais des traités) que «législative».

Je me bornerai à trois remarques sur ce point:

– en premier lieu, sanction et répression sont, décidément, des notions distinctes; certes, la répression est une forme de sanction; mais ce n'est pas la seule et elle ne caractérise nullement tout le droit étatique, mais seulement l'une de ses branches: le droit pénal; il existe par ailleurs des sanctions civiles ou administratives mais celles-ci n'ont pas un caractère «répressif» à strictement parler. La même chose vaut en droit international: la répression n'y est pas totalement inconnue; elle est rare; en revanche, le manquement au droit des gens a sa sanction de droit commun, et c'est la même que dans tout autre système juridique: l'auteur de la violation du droit, du fait internationalement illicite, est tenu pour responsable et cette responsabilité entraîne des conséquences très concrètes, dont la principale – mais pas la seule – est l'obligation de réparer³⁹;

– en deuxième lieu, l'efficacité de la sanction n'a rien à voir avec l'existence du droit; peu de normes sont aussi bien établies que la prohibition de l'inceste, alors même que ce crime est de ceux qu'il est le plus difficile de punir et, plus généralement, de sanctionner efficacement; il n'est d'ailleurs pas paradoxal de considérer que les violations mêmes d'une norme juridique sont souvent le signe le plus net de son existence du fait des réactions sociales (d'abord des protestations des membres du corps social auquel elles s'appliquent) que ces violations suscitent;

– c'est que, et ce sera ma troisième remarque, ce ne sont, à vrai dire, ni la répression ni la sanction (aussi généralisée que soit celle-ci) qui constituent le critère du droit, mais le sentiment qu'ont les destinataires des normes qu'un certain comportement est attendu d'eux, indépendamment de toute préférence personnelle.

Cette idée est bien connue des internationalistes dans le cadre, très particulier, de la formation de la coutume, «pratique générale acceptée comme étant le droit»⁴⁰, dont, selon la conception la plus communément admise, l'existence dépend de la réunion de deux «éléments»: une pratique – et c'est l'élément matériel –, et le sentiment de l'obligation – et c'est l'élément psychologique. C'est ce second élément, l'*opinio juris*, qui constitue, je crois, le véritable critère du droit, étant entendu que ce sentiment n'est pas forcément qu'un certain comportement est *obligatoire*: il peut être permis, recommandé – il est *attendu* du destinataire; celui-ci en est conscient (ou devrait l'être) et des conséquences s'attachent à sa violation; ici, on retrouve la sanction, mais moins comme critère même du droit que comme la conséquence de son existence.

39. La responsabilité des États n'est, en droit international, ni civile ni pénale: elle présente des caractères propres qui interdisent toute comparaison avec le droit interne. V. le projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la C.D.I. en première lecture en 1996 (Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 48^{ème} session, Assemblée générale, doc. off., 51^{ème} session, 1996, A/51/10, pp.148-174) et Alain PELLET, «Remarques sur une révolution inachevée – le projet de la CDI sur la responsabilité des États», A.F.D.I. 1996, pp. 7-32.

40. V. *supra*, note 27.

Récapitulons. Il y a droit lorsque:

- les destinataires de *normes* (le droit est une discipline normative),
- répondant à un *besoin social*, c'est-à-dire aux finalités d'une société particulière,
- ont le *sentiment (opinio juris)* qu'un certain comportement est attendu d'eux,
- faute de quoi une *sanction* (pas forcément répressive) s'ensuivrait,
- étant entendu que ces normes revêtent une certaine *forme* qui est non pas le critère du droit, quoiqu'en pensent les positivistes, mais qui est le signe de leur «réussite juridique»⁴¹ et qui constitue un élément important dans la naissance de la conviction qu'elles existent dans l'esprit de leurs destinataires.

Le droit international répond pleinement à ces exigences, et il le fait de façon autonome: ses normes se forment au plan international selon des processus internationaux et indépendamment des droits nationaux, pour répondre à des besoins qui s'expriment ou se manifestent dans la société internationale, et leur non-respect entraîne un mécanisme sanctionnateur propre, la responsabilité, elle aussi exclusivement internationale, de l'auteur du manquement.

Bien entendu, ceci ne signifie pas qu'il n'existe pas de relations, de passerelles, entre le droit international et les droits nationaux. Par exemple, au plan de la formation du droit, l'expression du consentement de l'État à être lié par un traité est règlementée par le droit constitutionnel; mais cela parce que le droit international renvoie, ici, aux droits internes. De même, la fameuse «troisième source» du droit des gens que sont les «principes généraux de droit»⁴², renvoie aux droits nationaux puisqu'il s'agit des normes communes à l'ensemble des États; mais ici aussi, il s'agit d'un «creuset» dont les modalités sont fixées par le droit international lui-même. De même encore, les tribunaux internes appliquent fréquemment ce qui semble être des règles juridiques internationales, mais, en réalité, lorsqu'ils le font, c'est parce que, d'une manière ou d'une autre, ces règles ont été intégrées dans le droit national, conformément aux mécanismes fixés par la Constitution⁴³. Dès lors, ces relations, nombreuses et complexes, n'empêchent nullement de considérer que droit international d'une part et droits nationaux d'autre part constituent l'un et les autres des «ordres juridiques» bien distincts et se suffisant à eux-mêmes. Ils se complètent; ils ne s'intègrent pas les uns aux autres et le droit international est bien un ordre juridique à part entière.

41. V. *supra*, p. ???.

42. Cf. l'article 38, paragraphe 1.c) du Statut de la C.I.J.

43. Cette intégration se fait selon des mécanismes très variables; mais, même dans les systèmes constitutionnels dits «monistes», elle est toujours organisée par la Constitution.

Le droit international au cœur des relations internationales

Le droit international n'a pas bonne presse. Les médias l'ignorent ou le maltraitent. Leurs références fréquentes à un prétendu « droit d'ingérence », leur « droit-de-l'hommisme » impénitent en présentent une version déformée. Même de bons esprits – songeons à Raymond Aron, suivi par la plupart des politistes – le méconnaissent. Ou bien il ne serait qu'une illusion idéaliste, un discours sans substance, ou bien les violations massives dont il serait l'objet le rendraient insignifiant. Quant aux spécialistes, il faut le reconnaître, ils ne lui facilitent pas toujours la tâche en s'arrêtant à la promotion d'un prétendu « droit naturel » qui n'est qu'imaginaire, ou alors en s'enfermant dans des querelles scolastiques aussi obscures que vaines.

Le droit international en procès

Il est dès lors tentant d'opposer la fermeté et la certitude des droits internes et l'inconsistance du droit international. Les premiers ne dépendent que de l'État. Ils reposent sur un principe hiérarchique, qui est un principe de cohérence et aussi de légitimité. Ce principe les fait dériver de Constitutions auxquelles ils sont subordonnés. L'efficacité des droits internes repose sur une autorité publique, éventuellement coercitive. Elle est garantie par un système judiciaire qui en assure le respect. Pouvoirs constituant, législatif, judiciaire, autorités exécutives, tous limités et contrôlés

en droit à l'exception du pouvoir constituant initial, ou originaire, qui est le souverain : tel est le modèle de l'État de droit.

L'accusation

Le droit international, quant à lui, semble dans une sorte d'apesanteur. Il est censé régir les relations entre États souverains, et tout le reste en découle, y compris celles de ses règles qui concernent les individus. D'où vient-il, qui oblige-t-il, comment obtenir que des États souverains le respectent ? À cette aporie fondamentale, souveraineté et obligations internationales, s'ajoute une efficacité à éclipses, de sorte que le sentiment prévaut que les États ne s'y plient que quand leur intérêt l'admet, et qu'autrement ils l'oublient. Il serait donc appliqué non en vertu de sa force obligatoire, mais en fonction de sa coïncidence accidentelle avec les politiques étatiques. Il existe bien un vocabulaire juridique dans les relations internationales, toute une collection d'accords et d'engagements formels, mais il ne serait qu'apparence dissimulant la réalité nue des rapports de force et, pour citer Bismarck, la puissance normative des faits.

Plus subtilement, on observera que, en cas de divergences d'interprétation des règles internationales par les États, il n'existe pas de solution obligatoire rendue par exemple par une juridiction internationale imposant ses décisions à tous ; que, même face à des violations flagrantes de leurs prescriptions, aucune autorité supérieure aux États et disposant de

moyens coercitifs effectifs ne peut garantir leur respect. La société internationale serait donc fondamentalement anarchique, elle évoquerait au mieux une fragmentation de type féodal et au pire la confrontation mafieuse entre bandes organisées, sans foi ni loi. Les exemples abondent où l'intérêt supposé vital des États, voire leurs simples intérêts politiques, économiques ou commerciaux les conduisent à faire bonne mesure d'obligations pourtant solennellement proclamées.

Apologie du droit international

Dès lors, faut-il jeter l'éponge et, avant même tout examen, conclure que le droit international ne sert à rien, sinon à nourrir des discours politiques mensongers, abuser les opinions, amuser diplomates et militaires, faire rêver quelques théoriciens, mobiliser des ONG, ennuyer les étudiants ? Pour évidentes qu'elles paraissent et répandues qu'elles soient, ces perceptions nihilistes ou restrictives sont d'un simplisme qui ne résiste pas à l'analyse. Elles sont démenties à la fois par les faits et par la raison.

- Par **les faits** parce que, en réalité et contrairement aux idées reçues, le droit international n'est pas moins respecté, et peut-être mieux, que les droits internes. Prenons par exemple les États-Unis, parangon de l'État de droit : à la vision rose des juristes d'un État gouverné par sa Constitution, sa stricte séparation des pouvoirs, son fédéralisme, sa Cour suprême, son respect des droits individuels, l'activisme de ses *lawyers*, on peut opposer une vision noire, largement illustrée par la littérature et le cinéma américains, celle de la criminalité organisée, des lobbies, de la domination déréglée des puissances économiques et financières, une sorte d'anarchie rampante de la société civile mâtinée de contraintes morales collectives, une violence endémique, des inégalités sociales qui écrasent les individus.

Aucune de ces visions n'est fausse, mais aucune n'est non plus entièrement exacte. Elles correspondent simplement à des ordres de réalité différents, qui se complètent et se corrigent l'un par l'autre. Leur relation est dialectique, aussi bien en droit interne qu'en droit international. Comme le droit interne,

le droit international comporte un ensemble de règles qui sont couramment respectées et spontanément appliquées par les États qu'elles lient, et les manquements qu'elles subissent, pour être parfois plus spectaculaires, sont certainement moins nombreux.

Conclura-t-on à l'inexistence du droit interne parce que certaines des règles qui relèvent le plus de son autorité coercitive n'ont qu'une efficacité relative ? Crimes et délits impunis subsistent en dépit du Code pénal, la fraude fiscale prospère en dépit du droit fiscal, les violations du Code de la route sont légion en dépit des amendes et condamnations. Et *quid* des États défaillants, dont l'autorité publique et le système juridique organisé s'effondrent ? En d'autres termes, il ne faut pas attendre du droit plus que ce qu'il peut donner, et les règles existantes du droit international ne donnent guère moins que les droits internes, dont elles deviennent de plus en plus souvent partie intégrante.

- Si l'on se place maintenant du côté de **la raison**, on observera que les critiques de principe faites au droit international pourraient également l'être aux droits internes. L'origine des règles internationales et de leur force obligatoire à l'égard d'États souverains ? Mais elle est la même qu'en droit interne, l'engagement qu'il prend – et qui peut obliger l'État à s'engager sur le plan interne, sinon lui-même ? L'absence de solution obligatoire des litiges internationaux ? Mais, ici comme ailleurs, un bon accord vaut mieux qu'un mauvais procès, et les contradictions, retards, lacunes des jurisprudences internes ne provoquent pas moins de troubles qu'en droit international. L'absence de force coercitive pour faire respecter les engagements internationaux ? Mais qui peut obliger l'État à exécuter les décisions judiciaires internes qui le condamnent, sinon lui-même ?

La raison, c'est également analyser une réalité sur des bases objectives et sans préjugés. À cet égard, sans se dissimuler ce que les rapports internationaux doivent aux inégalités de puissance entre États, on peut procéder à une démonstration négative, ou à un raisonnement par l'absurde. Supposons que le droit international n'existe pas, que par un coup

de baguette magique l'ensemble de ses règles actuelles disparaissent. N'en résulterait-il aucun changement dans la société internationale, dans sa structure, dans le statut des États, dans les relations régulières qu'ils nouent entre eux, dans la solution des conflits, dans les actions qu'ils conduisent pour maintenir ou rétablir la paix internationale, dans la régulation de leurs échanges commerciaux, et même dans les droits des personnes privées ? Bref, s'il n'existait pas, il faudrait l'inventer.

Sans doute faut-il dissiper des illusions à l'égard du droit international, mais il ne faut pas le confondre avec elles, ou avec les discours qu'elles nourrissent. Il n'est pas une cathédrale de normes achevée et fixée par des clefs de voûte impavides. Il n'est pas la présence invisible d'une justice transcendante. Il n'est pas le dessein caché d'un État mondial en voie de constitution progressive. Il n'est pas en mesure d'assurer par la seule autorité de ses normes la paix et la sécurité internationales. Il n'est pas la garantie suprême des droits de l'homme ou du droit humanitaire. Il s'est toutefois beaucoup développé au cours des décennies récentes, et son rôle dans les relations internationales s'est à la fois accru et démultiplié. C'est pourquoi il est utile de préciser à quoi il sert.

Structurer la société internationale

Faire coexister une pluralité d'États

- La première donnée, et la donnée qui est au fondement même, historique et juridique, du droit international, est qu'il **régit des rapports entre États**. Il est consubstantiel à une société interétatique. Il disparaîtrait si apparaissait un État mondial, il s'évanouirait si les États s'effaçaient au profit de nouvelles formes d'organisation politique. Pour prendre un exemple, le droit communautaire, institué par les traités européens, demeure une branche du droit international parce que les États membres n'ont en rien renoncé à ce qu'ils sont, c'est-à-dire souverains. En vertu des traités, ils exercent simplement en commun des compétences choisies, ou ont délégué certaines d'entre elles à des institutions européennes. Si

en revanche l'Union devenait une fédération, par abandon collectif de souveraineté, elle ne serait plus régie par des traités, mais par une Constitution, comme aux États-Unis, et le droit qui la gouvernerait sortirait du champ du droit international.

C'est dire que la conclusion d'engagements internationaux n'est pas par elle-même contraire à la souveraineté des États. Elle en est à l'inverse une composante, la compétence fédérative. La Charte de l'ONU, qui est un traité, indique ainsi dans son article 2, paragraphe 1 : « L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres. » Ceci nous oriente vers une autre conclusion : le droit international n'a pas pour objet de dépasser la souveraineté des États, tout au contraire il a pour fonction de la protéger. Si les États n'étaient pas souverains et leur statut garanti par ce droit, ils pourraient être conquis, absorbés par de plus puissants dans la logique qui veut que le gros poisson mange le petit, selon le droit naturel tel que le concevait Spinoza. L'égalité souveraine est un pléonasme qui renforce cette idée que le droit positif protège – en l'occurrence les petits contre les grands.

- De cela découle **un statut international de l'État**, qui repose sur la souveraineté qu'il exerce sur son territoire, des compétences souveraines qu'il détient à l'égard de ses nationaux, de sa liberté en matière d'organisation interne, de relations internationales, d'alliances, de traités de commerce, d'accueil des étrangers, d'organisation de sa défense et de ses armements, etc. Les frontières sont juridiquement inviolables, des compétences souveraines sont attribuées à l'État sur les espaces maritimes adjacents à ses côtes, l'espace aérien qui le surplombe est assimilé à son territoire terrestre... Le droit international, en juxtaposant les souverainetés et en garantissant leur respect, fonctionne ainsi comme une machine à fragmenter le sol, à découper l'espace sur la base de fictions juridiques qui établissent un ordre de réalité dont l'effectivité n'est guère contestée de façon générale.

Des contestations peuvent certes survenir en la matière, qui concernent les espaces

terrestres ou maritimes – ainsi des îles plus ou moins éloignées des masses continentales. Elles doivent être résolues sur la base de règles internationales qui déterminent l'attribution des territoires entre États – et à quelques exceptions près, plus symboliques que réelles (l'Antarctique, la Lune et les autres corps célestes), tous les espaces solides émergés relèvent de souverainetés étatiques. Les espaces liquides ou maritimes sont quant à eux divisés selon leur degré d'éloignement des territoires terrestres, et la haute mer est en principe libre en vertu du droit international. Mais l'État apparaît le pôle organisateur à partir duquel s'agence la répartition des espaces. Ses compétences se différencient et s'amenuisent à mesure que l'on s'éloigne du territoire terrestre, cœur de sa souveraineté.

• **L'État est donc le roi du droit international.** Ses privilèges font de son statut une situation très enviable, de sorte que chaque groupe ou entité qui aspire à une identité propre assurant son autonomie politique, culturelle, humaine, est tenté de se constituer en État. D'où la prolifération des États qui a marqué le xx^e siècle, en liaison avec les décolonisations puis l'effondrement de l'URSS, et qui pourrait se prolonger au xxi^e avec la remise en cause de frontières issues de la décolonisation. Le droit international a ainsi fonctionné comme une machine à produire de nouveaux États, aujourd'hui près de 200, soit quatre fois plus qu'en 1945. Bref, on n'a pas dépassé l'État comme forme d'organisation politique. À l'inverse, elle a conquis



Symbole des victimes des mines antipersonnel et des armes à sous-munitions, la sculpture monumentale *Broken Chair* (chaise cassée) réalisée par l'artiste Daniel Berset a été installée près du Palais des Nations à Genève, à la demande de Handicap international, pour presser les gouvernements de signer la Convention sur l'interdiction des mines antipersonnel adoptée en 1997 à Ottawa.

l'ensemble du monde juridiquement organisé tout en le divisant.

Organiser la coopération entre États

Les États ne peuvent vivre en autarcie. Il leur faut nouer des rapports les uns avec les autres. Les relations diplomatiques en sont l'instrument traditionnel, de moins en moins exclusif. Il leur faut aussi régulariser

leur coopération dans tous les domaines, connaître et déterminer leurs droits et obligations les uns vis-à-vis des autres. Le droit international répond à cette fonction, en précisant de quelle façon se forment les règles obligatoires et quelle est leur autorité. Si on laisse de côté des instruments subsidiaires, deux modes principaux sont reconnus et utilisés dans la société internationale : les traités et la coutume. Ils ont en commun d'établir un mode horizontal de relations, un réseau et non une pyramide, à la différence du droit interne, mode vertical d'établissement des normes juridiques.

- **La coutume internationale** mérite d'être mentionnée d'abord, pour plusieurs raisons. Elle est le mode le plus ancien. Elle permet de former des règles générales, applicables en principe à tous les États dans des conditions d'égalité. Elle contient en outre les règles les plus importantes, celles qui par exemple gouvernent le statut des États, celui des espaces, les relations diplomatiques, le droit des traités, l'articulation entre les différentes normes. Bref, elle est la grammaire du droit international, en même temps qu'elle définit la plupart de ses concepts juridiques – souveraineté, haute mer, plateau continental, espace extra-atmosphérique, obligation internationale...

La coutume est ainsi définie par elle-même, et cette définition est codifiée dans le statut de la Cour internationale de justice, ce qui se comprend puisqu'il faut indiquer au juge international quels types de règles il doit appliquer. À vrai dire, ce que le statut indique, c'est plutôt une méthode pour découvrir, identifier et formuler des règles par définition non écrites, et dès lors invisibles. Cette méthode se fonde sur deux indices, et la jurisprudence internationale en a précisé le mode d'emploi : il y a coutume lorsque l'on peut constater une pratique générale des États, acceptée par eux comme étant obligatoire. On distingue ainsi la pratique qui repose sur un sentiment commun d'obligation des simples usages de courtoisie ou d'opportunité. Il doit donc s'agir d'une pratique juridique, et d'une pratique motivée, de sorte qu'elle fasse droit entre les États.

Le caractère nécessairement vague des règles coutumières, les incertitudes qui peuvent subsister quant aux modalités de leur démonstration font que sur elles se polarisent toutes les controverses doctrinales entre écoles et théoriciens du droit international. Pour certains, la coutume ne découle nullement du consentement des États qu'elle lie, et tout au contraire s'impose à eux, comme une sorte de législation invisible mais prégnante. D'où provient-elle alors ? Soit du droit naturel, soit des nécessités de la vie sociale, soit des contraintes que les plus puissants sont en mesure de faire accepter aux plus faibles. Pour d'autres, qui relèvent de l'école volontariste, la coutume internationale n'est qu'une forme non écrite ou implicite d'accord entre États. Le démontrent leur pratique commune et la manière dont elle est accomplie, qui dénotent la conviction de se plier à une obligation et d'agir en conformité avec elle. Ces controverses sont un aliment délicieux pour les spécialistes, qui s'y livrent avec bonheur et subtilité dans des joutes doctrinales, mais la pratique dominante est bien celle de l'accord implicite entre États.

- Ce type de controverses n'existe pas en matière de **traités internationaux**, qui résultent formellement d'accords écrits entre États. Ils sont librement consentis et nul n'est tenu de les accepter. On en compte des dizaines de milliers. Ils peuvent être bilatéraux – comme la plupart –, régionaux – comme les traités européens, les traités communautaires ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales –, ou encore multilatéraux – comme la Charte des Nations Unies ou le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Ils ne sont pas en principe subordonnés à la coutume, et n'obligent que ceux qui les ont acceptés, dénommés les parties. Bonne à tout faire du droit international, ils se prêtent à tout, et leurs objets ne sont nullement fixés.

C'est ainsi que les traités ont favorisé un élargissement considérable des domaines couverts par les règles internationales et constitué le grand outil de sa créativité. Ils ont notamment permis le développement des organisations internationales, ONU et

autres institutions, ce qui a contribué à un enrichissement du droit sur deux plans. Elles sont devenues à leur tour des sujets de droit international, capables de conclure des traités, d'assumer des obligations, d'adopter leurs propres actes. Ceci entraîne une démultiplication de l'action internationale des États, qui peuvent agir soit isolément, soit en coopération avec d'autres États, soit dans le cadre des organisations dont ils sont membres, qu'ils ont créées, dont ils ont déterminé compétences et moyens d'action, et qui sont pour eux comme autant d'instruments ou de prothèses.

- De façon générale, **les États sont en charge de leurs propres droits et obligations**, qu'ils mettent en œuvre par leurs propres moyens, sous leur responsabilité. Ce n'est que de façon exceptionnelle qu'ils confient cette charge à des organes internationaux – ainsi dans le cadre de l'ONU, ou dans celui de l'Union européenne – et toujours de façon limitée. Dans une logique d'échange et de réciprocité qui est celle des rapports entre égaux, il leur revient également de défendre par eux-mêmes leurs droits lorsqu'ils sont mis en cause, comme de répondre des dommages qu'ils auraient provoqués par les atteintes aux droits des tiers. Ils peuvent certes recourir aux juridictions internationales ou à l'arbitrage, mais cela ne peut se faire qu'en vertu de leur consentement préalable, et la négociation demeure le principal mode de solution de ces difficultés. Ils peuvent recourir à des contre-mesures en réponse au comportement illicite d'un autre État qui les lèse. Ils voient leur responsabilité internationale engagée dans le cas où ils ont violé le droit.

Telles sont les règles de base du droit international, dont la logique est pleinement contractuelle, ni tournée vers la réalisation d'un ordre public coercitif, ni vers la consécration d'un principe de justice communément accepté. On peut le regretter, désirer qu'il en soit autrement, militer en ce sens, mais en l'état actuel du droit il en est ainsi. Sur ces bases modestes cependant, le droit international a considérablement progressé au cours des décennies récentes, ses instruments se sont enrichis et diversifiés au service de domaines de plus en plus larges et ambitieux.

Développer la société internationale

Dans ce développement, des forces multiples interviennent et la dynamique du droit international ne repose pas seulement sur celle des États. Mouvements d'opinion, demandes de régulation, action de groupes de pression divers, ONG ou entités économiques, forces politiques internes sont à l'œuvre. Le droit international est devenu un vecteur de changement, et la lutte politique pour son évolution, pour son renforcement, une composante de son développement. Il est clair que, depuis quelques décennies, l'élaboration voire l'application des règles internationales sont sorties du cercle feutré des chancelleries pour gagner les enceintes des débats publics, et pas seulement à cause de la diplomatie multilatérale et des délibérations au sein des organisations internationales. Non seulement les instruments juridiques à la disposition de ce droit se sont démultipliés et adaptés, mais encore son champ s'est ouvert et semble en dilatation permanente.

Des instruments démultipliés

- On a évoqué les modes principaux de formation du droit international, coutume et traités. Il faut, en fonction des chartes constitutives des organisations internationales, phénomène marquant de la seconde moitié du xx^e siècle, leur ajouter les actes de ces institutions. Ils sont un droit dérivé des traités de base, dont ils tirent leur autorité : décisions du Conseil de sécurité, décisions juridictionnelles de toute nature. Il s'agit d'**actes unilatéraux**. Ils dérivent certes d'un contrat de base, mais relèvent en même temps d'une logique verticale et non plus horizontale. Les obligations initiales ne sont plus ainsi limitées à leur contenu originel, mais appelées à être précisées, complétées, voire élargies par un droit qui résulte de procédures institutionnelles et non plus contractuelles.

- S'agissant de l'ONU en particulier, la capacité reconnue aux organes principaux de créer de leur propre initiative des **organes subsidiaires** qui les assistent dans leurs fonctions leur permet de développer le

cadre institutionnel. Ces organes subsidiaires deviennent à leur tour des instances pour la prise de décisions, de sorte que la Charte se trouve en état d'adaptation permanente en fonction des demandes. Faut-il régler les litiges entre l'ONU et son personnel ? On crée un tribunal administratif, dont les décisions s'imposent à l'Organisation. Faut-il désarmer l'Irak et surveiller le respect de ses obligations ? On institue une commission spéciale du Conseil de sécurité. Faut-il administrer provisoirement le Kosovo ? On établit une instance à cette fin. Faut-il juger des crimes internationaux commis par des individus ? On met en place des tribunaux internationaux spéciaux, comme pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda...

- Il faut également souligner la **capacité opérationnelle** du droit international. Il a quitté l'empyrée des normes pures pour s'intéresser à leur mode de réalisation, et ce droit peut mettre sur pied des actions internationales qu'il définit et maîtrise. Il s'agit par exemple des opérations du maintien de la paix, dont la logique est contractuelle mais qui comportent un ensemble de missions et de moyens fixés par des règles internationales. Il peut s'agir de moyens internationaux, mis en œuvre par le personnel d'une organisation, il peut s'agir de moyens étatiques mis à disposition, mais encadrés par ces règles. Le registre des instruments et des capacités du droit international est ainsi de plus en plus étoffé et demeure ouvert à de futurs développements.

Un champ d'intérêt de plus en plus large

Longtemps, le droit international était droit de la paix et de la guerre, du commerce, de la sécurité. Il le demeure fondamentalement, mais ses domaines se sont considérablement élargis, et la Charte des Nations Unies a joué un rôle décisif en la matière. On ne peut donc pas définir ce droit par des domaines qui lui seraient propres, il a une vocation générale à la régulation des rapports sociaux, y compris des rapports internes.

- La **sécurité** demeure au centre de ses préoccupations, sécurité militaire, mais

aussi sécurité juridique – et le droit, réducteur d'incertitudes, recherche avant tout la sécurité dans tous les domaines. La régulation juridique du recours à la force armée, instrument de la sécurité collective, a tenté de se substituer aux techniques classiques qui n'avaient pas besoin du droit, comme l'équilibre international. Elle l'a certes fait avec des succès divers, mais son bilan n'est pas négatif. Dans d'autres domaines, comme celui de la maîtrise des armements, et d'abord nucléaires, la place des traités de toute nature, voire des décisions du Conseil de sécurité, est centrale.

- Les **relations économiques** ont également connu une expansion du droit, à la mesure de leur développement. Traités multilatéraux, régionaux ou bilatéraux qui organisent la libéralisation des échanges sont légion, et la demande est très forte. En matière commerciale, les débats sont vifs, les intérêts contradictoires et la lutte pour le droit est très active, entre pays développés, pays en développement, pays émergents, toujours à la recherche de compromis difficilement atteints, au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ou ailleurs. Quant au plan monétaire international, on mesure les inconvénients de l'absence d'un système organisé, et le besoin de droit est fortement ressenti.

- Nombre d'**autres domaines** ont été saisis par le droit international, qui traditionnellement ne s'en souciait pas – l'environnement, les droits de l'homme en particulier. Aucun État ne peut désormais soutenir que la question du respect des droits de l'homme relève de sa compétence exclusive. Il est cependant un domaine où le droit parvient difficilement à pénétrer, celui de la gouvernance, celui des orientations politiques majeures. Les instances fragiles où l'on s'efforce de la mettre au point, G8, G20, sommets *ad hoc*, n'ont pas de statut juridique précis et elles ne prennent pas de décisions juridiquement obligatoires. Ceci souligne que le développement du droit international ne s'oriente nullement vers la formation d'un super-État, et qu'il reste fondamentalement un droit politique, instrument de leurs intérêts, de leurs accords, de leurs compromis.

Une frontière mobile avec les droits internes

Le développement du droit des échanges économiques, des droits de l'homme, du droit humanitaire, conduit le droit international à interférer de plus en plus avec l'activité, les droits et les obligations des individus. Ceux-ci ne sont pas sujets du droit international, qui en principe ne les atteint que par la médiation des États. Mais ils peuvent être directement obligés en vertu de certains traités, par exemple avec les juridictions pénales internationales, qui atteignent même les gouvernants. Plus généralement, les Constitutions ou les jurisprudences internes acceptent, au moins dans les pays démocratiques, d'intégrer les règles internationales au sein du droit interne. Le droit international devient dès lors pour eux un mode de législation ordinaire.

Cette intégration n'est pas de plein droit, et ne s'opère pas en vertu du droit international. Elle dépend des ordres juridiques internes considérés, qui assignent aux règles d'origine internationale une place particulière dans la hiérarchie de leurs normes, comme élément de l'État de droit. C'est ainsi qu'en droit français les traités ont, en vertu de la Constitution, une place supérieure à celle des lois, et que la coutume, si elle ne bénéficie pas de la même supériorité, peut également y produire des effets de droit. Plus l'objet des règles internationales s'étend, plus la pénétration du droit interne est forte. Certaines conventions,

comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, peuvent même reconnaître aux individus un droit d'action internationale devant des juridictions protectrices, en l'occurrence la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).



Tous ces développements indiquent bien que le droit international ne mérite nullement le discrédit dont on l'accable parfois, qui n'est dû qu'à l'ignorance. Ses imperfections réelles, les carences que l'on relève volontiers ne sont pas liées à un défaut de structure ou à une insuffisance congénitale de ses techniques. Il est vrai que ses avancées ne se produisent pas dans les mêmes conditions que celles des droits internes, qui dans les pays démocratiques résultent de programmes politiques préconçus et de processus électoraux disputés. La société internationale n'est pas une société démocratique, et les progrès de son droit sont souvent des réponses plus ou moins improvisées à des crises ou à des conflits que l'on s'efforce de résoudre et dont on voudrait prévenir le retour. En la matière, le droit international, instrument créatif et flexible, peut tout réguler et tout faire, dès lors et à condition que les États veuillent et sachent l'utiliser. ■

Serge Sur

Document n°4

VERS UNE THÉORIE DÉMOCRATIQUE DU DROIT INTERNATIONAL

Olivier DE FROUVILLE

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas
Membre de l'Institut Universitaire de France*

Qu'est-ce qu'une théorie démocratique du droit international ?

Nous définirons ici, aux fins de cet exposé, une théorie comme un ensemble d'idées et de concepts qui forme un système et qui a pour ambition d'expliquer la réalité, les phénomènes, c'est-à-dire ce qui apparaît, ce qui est perceptible. Une théorie offre une grille de lecture, un cadre de compréhension du réel.

Une théorie *démocratique du droit* peut se définir comme un système de concepts qui explique cette forme du phénomène juridique qui prévaut dans les sociétés humaines plaçant à leur fondement les valeurs de la modernité, et en particulier le principe d'autonomie. Ce qu'on peut appeler aussi les sociétés « post-métaphysiques ».

Enfin, une théorie démocratique du *droit international* est un système de concepts et d'idées qui explique le phénomène juridique qui se développe dans un monde post-métaphysique tel qu'il a pris corps et s'est accompli entre le XVII^e siècle et la première moitié du XX^e siècle, donc une société-monde elle-même fondée sur le principe d'autonomie.

La *première thèse* défendue ici (mais qui ne sera pas développée dans le cadre de cette contribution¹) est la suivante : la théorie *classique du droit international*, que l'on peut appeler aussi « vatellienne », fondée sur le concept de souveraineté externe – donc le système de concept ayant pour objet d'expliquer le droit international – était adaptée pour décrire le phénomène juridique tel qu'il s'est développé dans l'Europe du XVII^e siècle jusqu'au début du XX^e siècle. C'est ce que les professeurs appelaient à l'époque le « droit public européen », qui était le droit d'une société post-

¹ Voir notamment : « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales (Cahiers Vilfredo Pareto)*, t. XXXIX, 2001, n° 120, pp. 101-144 ; « Droits de l'Homme et théorie démocratique du droit international », séance de clôture du séminaire de recherche « Droits de l'Homme et droit international » des professeurs Pierre-Marie DUPUY et Franco FRACIONI, Institut universitaire européen de Florence, 11 décembre 2006 (disponible sur : <http://www.frouville.org/Publications.html>) ; « La souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international ? », *Revue de droit d'Assas*, n° 10, février 2015, numéro spécial « Le changement du droit », pp. 199-202. Version anglaise parue dans la *Assas Law Review*.

métaphysique *par exclusion des valeurs* (on pourrait aussi dire une société fondée sur l'indifférence aux valeurs, ou même sur la « tolérance », c'est-à-dire le refus d'aborder la question des valeurs dans l'espace public).

Mais cette théorie a perdu toute force d'explication à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle et en particulier à partir du début des années 1990, sous l'effet de trois transformations historiques majeures : 1°) les efforts, depuis la fin du XIX^e siècle, de *création d'un ordre international* pacifique, d'abord européen, ensuite mondial, fondé sur le droit ; 2°) le processus de décolonisation qui a amené à *l'universalisation de l'Etat-nation* comme forme d'organisation politique et par conséquent à l'universalisation du droit international public ; 3°) le processus de *globalisation de l'économie*, commencé dès le XVIII^e siècle, mais qui s'est achevé par l'extension du modèle capitaliste au monde dans la période qui a suivi la fin de l'opposition entre le bloc de l'Est et le bloc de l'Ouest.

La *seconde thèse* est que, sous l'effet de ces transformations majeures, s'est engagé un processus de formation d'une société-monde post-métaphysique *par adhésion* (et non plus par exclusion) *aux valeurs de la modernité*, en particulier le principe d'autonomie. On peut appeler cette société en cours de formation, *société cosmopolitique* (c'est-à-dire une société politique à l'échelle du cosmos, du monde). Comme toute société, cette société cosmopolitique génère un droit que l'on peut appeler *droit cosmopolitique*. Enfin, on peut nommer *processus cosmopolitique* ou processus de la Fédération d'Etats libres ce processus de formation d'une société cosmopolitique.

La *théorie démocratique du droit international* est ainsi la théorie qui prend acte de ces transformations, c'est-à-dire du fait que le droit international, devenu droit de la transition cosmopolitique, ne peut plus se penser à l'aune du concept de souveraineté (principe fondateur du droit public européen), mais doit désormais se penser à l'aune du *principe d'autonomie* comme principe fondateur de la modernité.

Finalement, on pourrait donc définir la théorie démocratique du droit international comme la théorie qui cherche à décrire le phénomène juridique dans une société mondiale entrée dans un processus de transition cosmopolitique.

Il convient maintenant d'explicitier cette définition en trois temps. D'abord, il faut se pencher très brièvement sur la structure théorique du droit international « classique » ou vatellien en expliquant ce qu'on peut appeler le paradoxe de la modernité, lequel conduit à rechercher un nouveau fondement pour le droit international (I).

Ensuite, dans un deuxième temps, seront exposés les principaux axes de la conception démocratique du droit international qui a progressivement pénétré le droit international public, concomitamment à l'évolution de la société internationale elle-même (II).

Enfin, troisième temps, un bref aperçu sera donné des bases de la théorie démocratique du droit international proposée (III).

I. LE PARADOXE DE LA MODERNITÉ

Le paradoxe de la modernité réside dans le fait que la reconnaissance de la souveraineté de l'Etat, qui est à la base du droit international classique, dans un même mouvement *réalise* l'autonomie et la *supprime*.

i) Premier terme : La promesse émancipatrice de la modernité – autrement dit, la promesse de l'autonomie pour tous – se réalise, à l'époque moderne, par l'accession des peuples à la qualité d'Etat souverain, et donc par *le medium de la souveraineté*. On le voit très bien lors du processus de décolonisation. Les peuples décolonisés n'ont pas cherché à fonder un modèle d'organisation politique alternatif à l'Etat moderne et à l'Etat souverain du droit international. Au contraire, ils se sont tous appropriés cette forme. Pour les peuples soumis à domination coloniale, la revendication d'un droit à l'autodétermination correspondait à la conviction profonde que la liberté d'un peuple ne pouvait se réaliser que par le medium de l'Etat souverain. Car avec la reconnaissance en tant qu'Etat, ces peuples, ou plutôt leurs gouvernements, acquièrent un statut juridique leur conférant des droits et obligations égaux à ceux des autres Etats ainsi qu'un statut protecteur de leur autodétermination dans tous les domaines : économique, politique, religieux et culturel.

ii) Deuxième terme : en même temps qu'elle réalise l'autonomie – l'autodétermination des peuples – la souveraineté supprime cette autonomie. Cela résulte des caractères du droit international : la souveraineté en droit international fait accéder un peuple à l'autodétermination, mais au moment même où ce peuple se constitue en Etat, il cesse d'être un sujet pour le droit international, de même que les individus qui le composent cessent de se voir reconnaître une quelconque autonomie aux yeux du droit international. La « coupure » entre souveraineté internationale et souveraineté interne est opérée, laissant l'individu soumis au pouvoir du gouvernement, « organe » de l'Etat en droit international.

Le droit international moderne échoue par conséquent là où il réussit : au moment même où les individus acquièrent une forme de reconnaissance par l'acquisition du statut d'Etat souverain en droit international, ils se trouvent réifiés par ce même droit international.

La guerre, comme l'avait bien vu Rousseau, n'est plus une relation d'homme à homme, mais d'Etat à Etat. Les individus se déchirent et se tuent en tant que « nationaux » et *parce que nationaux* (et non par haine personnelle). Par ailleurs, l'individu devient simple *objet du droit* et par conséquent potentiellement destructible par l'Etat souverain qui le domine : il n'a pas, il ne peut pas avoir de droits au regard du droit international ; il n'est que la chose de l'Etat et l'Etat fait ce qu'il veut avec ses « choses ».

Au-delà de la chronique des guerres entre Etats et des crimes commis par les Etats contre leurs propres « nationaux », deux problèmes mettent en valeur cette faille du droit international moderne. D'abord, celui des *minorités nationales*, qui a été à l'origine de la Première Guerre mondiale dans un contexte de montée en puissance des nationalismes. Ensuite, le problème des *peuples sans Etat* – c'est-à-dire des peuples que la constitution des Etats souverains laisse littéralement sans reconnaissance, n'étant majoritaires dans aucun Etat ou, à tout le moins, n'étant officiellement assimilés à aucun Etat-nation en particulier.

*

Au cœur de ce paradoxe, la modernité se retrouve mise en tension : la théorie classique du droit international visait à mettre un terme aux guerres de religion mais se révèle aussi liberticide pour les individus et potentiellement belligène, nationalisme aidant. C'est ce constat qui a conduit un certain nombre de penseurs à développer un projet cosmopolitique, distinct du projet du droit international classique. Nous allons plus particulièrement parler d'Emmanuel Kant.

II. LE COSMOPOLITISME : KANT ET LE PROJET DE PAIX PERPÉTUELLE

Kant part du constat de l'échec du droit international moderne : la constitution d'Etats souverains a d'un côté permis la mise en place d'un certain ordre dans les relations entre souverains, mais elle a d'un autre côté décuplé l'impact des conflits, en dressant des Nations contre d'autres Nations. En conséquence, la seule paix envisageable dans ce système est la « paix des cimetières ». Kant a d'ailleurs très peu de considération pour les théoriciens du droit des gens qu'il cite – Hugo Grotius, Pufendorf et Vattel –, et qu'il traite de « déplorables consolateurs ». Finalement, on pourrait dire que ce que reproche Kant aux théoriciens du droit des gens, c'est d'avoir fait une mauvaise interprétation du principe d'auto-législation appliqué aux rapports entre Etats.

Toute la construction du droit international repose sur une analogie, qui est elle-même une fiction déroutante pour l'esprit. L'Etat est pensé comme une personne, une sorte de super-homme. En conséquence, la société des Etats est pensée comme une société à l'état de nature : tous les Etats sont des individus disposant de l'autonomie de la volonté. Il y a donc dédoublement du problème de l'autonomie : la question de l'autonomie *dans l'ordre interne* est différente de la question de l'autonomie *dans l'ordre international*.

Kant propose de revoir cette logique. Au dualisme originaire du droit international, il oppose une forme de monisme juridique. En fait, le problème du droit à l'âge de la modernité, c'est-à-dire ayant pour principe l'autonomie, est le même en droit interne et en droit international : il s'agit toujours de la liberté humaine et non de la liberté d'un Etat-personne imaginaire. La question du droit c'est, d'une part, la conciliation des libertés de chacun selon une loi universelle et, d'autre part, la conciliation entre les libertés de chacun et une contrainte publique qui s'exerce sur eux.

Or, selon Kant, on peut très bien réaliser cette double conciliation dans un Etat démocratique. Simplement, on n'est alors qu'au milieu du chemin parce que la paix que l'on a réussi à mettre en place sur le plan interne est toujours menacée par la persistance de la guerre entre Etats. De même, sur le plan juridique, la perfection d'un droit public respectueux des libertés de chacun et de tous est toujours *provisoire*, tant qu'un droit public n'impose pas la paix entre Etats. Autrement dit encore, si le principe de la modernité c'est l'autonomie, alors cette autonomie ne peut être pleinement réalisée que par le medium d'un droit international qui aurait lui-même pour fondement et pour but l'autonomie des individus – et non des Etats.

On voit bien qu'à l'inverse, un droit international qui a pour principe l'autonomie des Etats est négateur de l'autonomie des individus et, qui plus est, perpétue l'état de guerre de tous contre tous. Kant propose donc deux choses.

La première, c'est l'expansion du régime démocratique à l'intérieur des Etats. Il faut que tous les Etats deviennent progressivement démocratiques, car de cette façon ils deviennent justes et pacifiques.

La seconde, c'est le dépassement du droit international classique par un droit cosmopolitique dans le cadre d'une Fédération d'Etats libres. Attardons nous sur cette seconde proposition, qui est la plus compliquée à comprendre et en même temps la plus fondamentale.

La Fédération d'Etats libres est un concept antinomique. On le perçoit facilement en y réfléchissant un peu. La Fédération est traditionnellement opposée à la confédération. Dans la confédération, les composantes conservent leur souveraineté. Il s'agit en fait d'une forme poussée

d'intégration et de répartition des compétences. En revanche, la Fédération désigne une forme étatique dans laquelle les composantes de la Fédération (les Etats fédérés) perdent leur souveraineté au profit exclusif de l'Etat fédéral. Or Kant parle quant à lui de *Fédération d'Etats libres*. Autrement dit, il envisage l'hypothèse d'une Fédération dans laquelle les Etats fédérés ne perdraient pas pour autant leur liberté, ce qui paraît une contradiction dans les termes.

Pourquoi cette antinomie ? Parce que Kant est conscient que le cosmopolitisme ne peut s'opérer que dans la pluralité. Le cosmopolitisme n'est pas équivalent à la fusion de l'humanité, encore moins à l'Etat universel, dont Kant dit, dans la *Doctrine du droit*, qu'il serait à la fois despotique et inefficace.

Alors que veut dire cette antinomie ? Elle veut dire que la Fédération des Etats libres est un *processus* et non pas une forme d'Etat particulier que l'on pourrait instituer. C'est un but qu'il faut travailler à réaliser, une Idée de la Raison dont on doit poursuivre la réalisation sans relâche.

Est-ce que cette conception/ce projet cosmopolitique est intégré(e) dans le droit international d'aujourd'hui ? Bien sûr ! Le droit international contemporain est un mélange des conceptions du droit international classique (le droit des gens de Vattel) et des théories cosmopolitiques.

Toute la partie du droit international qui vise la prévention et la prohibition de la guerre entre Etats ainsi que le désarmement relève du droit cosmopolitique. De même, l'ensemble des organisations internationales dont les buts vont au-delà de la pure coopération instrumentale entre Etats et qui poursuivent des fins à l'échelle de l'humanité, ou à dimension transnationale, appartient au droit cosmopolitique. En vérité, cela recouvre pratiquement toutes les organisations de la famille des Nations Unies : HCR, UNESCO, PNUD, FAO, OMS, OIT etc. Enfin, plus que tout autre corpus du droit international contemporain, la proclamation des droits de l'Homme donne corps à l'idéal de la Fédération des Etats libres puisqu'elle consacre la reconnaissance de l'individu en droit international et l'idée d'une protection constitutionnelle des droits de l'individu comme citoyen du monde (sans distinction de nationalité).

Le droit international est donc bien entré dans un processus cosmopolitique. Comme le remarque Jürgen Habermas, « [l]es puissances capables d'agir au niveau mondial n'opèrent plus dans l'état de nature du droit international classique, mais au niveau médian d'une politique mondiale en voie de formation »².

² J. HABERMAS, *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, trad. Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 2000, p. 120.

Ce constat factuel amène au dernier point, qui a pour objet d'expliquer à grands traits en quoi consiste une théorie démocratique du droit international.

III. LES BASES D'UNE THÉORIE DÉMOCRATIQUE DU DROIT INTERNATIONAL

A la lumière de ce constat quant à l'état de la société internationale et du droit international, devient plus claire la définition proposée d'une théorie démocratique du droit international comme une *théorie qui cherche à décrire le phénomène juridique dans une société mondiale entrée dans un processus de transition cosmopolitique*.

On comprend aussi sans doute mieux pourquoi on a d'emblée affirmé qu'une théorie classique du droit international, fondée sur le principe de souveraineté, n'avait *plus rien à dire* sur le droit international contemporain, c'est-à-dire le droit international pris dans un processus cosmopolitique. Une telle théorie n'a plus rien à dire parce qu'elle se borne à fonder et à expliquer une société visant à la coexistence entre Etats souverains. Elle ne peut donc pas expliquer ou décrire un droit international incorporant des valeurs communes comme normes d'ordre public et reconnaissant les individus comme sujets aux côtés des Etats.

Il est donc nécessaire de forger une nouvelle théorie du droit international. Pas une *conception* démocratique du droit international, mais une *théorie* démocratique du droit international. Par *conception*, on entend une représentation normative, *prescrivant* une transformation du droit existant. Par *théorie*, on désigne en revanche un ensemble de concepts ayant pour finalité la présentation *descriptive* du droit existant, dans ses aspects changeants et dynamiques.

En tant que théorie cosmopolitique, une théorie démocratique du droit international revêt nécessairement la forme d'une *théorie du processus de la Fédération d'Etats libres*. Les deux pôles de l'antinomie, remarquons-le, articulent d'une manière différente le principe d'autonomie.

La *Fédération*, parce que c'est la forme politique qui permet la conciliation entre l'unité et la diversité. Plus exactement, c'est la forme politique de l'unité *pour* la diversité, qui a pour objet d'unifier en vue de préserver la diversité – et donc l'autonomie – de chacune des composantes. Elle est la forme politique d'un pluralisme (culturel, politique) qui refuse la fusion tout en recherchant l'unité d'action.

La *démocratie*, parce que c'est le régime politique qui réalise l'autonomie à travers la mise en œuvre du principe d'auto-législation, que Habermas, à la suite de Rousseau, formule de la manière suivante : *chaque destinataire de la norme doit pouvoir en même temps se penser comme son auteur*.

Reprenons ces deux catégories pour les expliciter.

A. Les concepts liés à la théorie de la Fédération

Il y a deux grandes compréhensions du phénomène fédératif.

Le premier ne pense la Fédération qu'en relation avec la forme politique Etat. D'où l'opposition entre Confédération et Fédération, qui désignent deux pôles du phénomène fédératif, lequel est pensé en termes de souveraineté et donc de théorie de l'Etat. La Confédération est la forme qui laisse subsister la souveraineté des composantes mais auxquelles des compétences spécifiques sont déferées. La Fédération est la forme qui est souveraine – donc un *Etat* fédéral – et qui supprime la souveraineté de ses composantes.

On doit donc plutôt se tourner vers des théories qui n'assimilent pas la Fédération à un Etat fédéral mais voient dans la Fédération un phénomène non-étatique, désétatisé et dénationalisé, défini par ses techniques bien plus que par ses institutions. Cette seconde série de théories n'oblige donc pas à choisir entre, d'une part, la perte de la souveraineté des composantes au profit de l'Etat fédéral ou, d'autre part, le maintien de la souveraineté des composantes et par conséquent la relative impuissance de la Confédération.

On va ainsi mobiliser, pour la lecture du droit international à travers une théorie démocratique du droit international, les concepts-clés du fédéralisme :

1. le principe d'autonomie des composantes, condition du maintien de la diversité dans l'unité ;
2. le principe de participation des composantes, garant du principe d'auto-législation ;
3. le principe d'effet immédiat du droit fédéral et donc le fait que l'individu est sujet de plusieurs ordres juridiques et en tout cas à la fois de l'ordre fédéral et de l'ordre de l'entité composante ;
4. le principe de subsidiarité et/ou de complémentarité permettant d'opérer la répartition et/ou le partage des compétences en vertu du principe selon lequel chaque compétence est attribuée au(x) niveau(x) qui est/sont le mieux à même de l'exercer, ce qui rejoint en partie le concept de « gouvernance multi-niveaux » ;
5. le principe de substitution qui permet au niveau fédéral de se substituer au niveau fédéré en cas de défaillance de la part de ce dernier dans la mise en œuvre des compétences qui lui sont attribuées.

C'est avec ces concepts, nous semble-t-il, qu'il est aujourd'hui possible de comprendre l'intrication des compétences à plusieurs niveaux entre les Etats et les différentes organisations internationales et de mettre potentiellement de l'ordre dans les différentes compétences de ces différents niveaux. Par

exemple, on peut relire toute l'institution de la Cour pénale internationale à la lumière de ces différents principes et comprendre ainsi bien mieux le fonctionnement de la justice pénale internationale qu'on ne le ferait à l'aune du droit international classique (la seule chose que peut dire le droit international classique sur ce sujet, c'est la relativité des obligations en vertu du Statut de la Cour, qui est un traité).

B. Les concepts liés à la théorie de la démocratie

De même que nous utilisons une théorie de la Fédération désétatisée, non liée à la forme Etat fédéral, il nous faut recourir à une théorie de la démocratie également désétatisée et dénationalisée. Plus encore, il convient de mobiliser une théorie de la *démocratie sans demos*, pour reprendre l'expression de Catherine Colliot-Thélène³.

L'expression peut paraître comme un oxymore. La démocratie, étymologiquement, c'est bien le pouvoir conféré au *demos*, au peuple. Comment donc pourrait-il y avoir une démocratie sans peuple ?

C'est possible à condition de voir la démocratie non pas seulement comme une forme constitutionnelle (dans la classification des régimes, aux côtés de l'aristocratie, de l'oligarchie etc.), mais comme un ensemble de techniques et de concepts qui vise à traduire le principe d'auto-législation sur le plan du droit et des institutions. La démocratie, ce sont fondamentalement les techniques et les concepts qui permettent de faire en sorte qu'en pratique, toute personne destinataire d'une norme puisse en même temps se penser comme étant son auteur. Et il n'y a pas de raison que ces techniques et ces concepts ne puissent être mis en œuvre non pas seulement dans le cadre d'un Etat, mais aussi dans d'autres cadres sociaux ; non pas seulement dans une unité sociale – un Etat-nation –, mais aussi dans une pluralité de sociétés mises en relation les unes avec les autres.

D'ailleurs, si l'on prend la peine d'y réfléchir, c'est bien ce qui se passe, y compris dans les Etats avec des régimes de représentation très classiques, où la démocratie se joue à plusieurs niveaux de pouvoir (communes, départements, régions, Etat) correspondant eux-mêmes à différentes sociétés qui ne sauraient se résumer à des parties du grand tout.

Plus largement, la démocratie ne se joue pas uniquement dans les institutions *représentatives*. A vrai dire, seule l'élection *nationale* de représentants (président, parlement) ou le référendum national (Suisse) sont en mesure de traduire l'idée littérale d'une démocratie comme pratique d'auto-législation du *demos* constitué en tant que tel. Pour le reste, on sait bien au moins depuis

³ C. COLLIOT-TÉLÈNE, *La démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, coll. « Pratiques théoriques », 2011.

Tocqueville que la vie démocratique, la pratique démocratique, renvoient à une multiplicité d'instances, dont la faculté d'action est elle-même garantie par des droits subjectifs, souvent exercés collectivement, que sont : la liberté d'expression, la liberté d'association et la liberté de réunion. Autant de droits que la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, désigne comme étant intrinsèquement liés au concept de « société démocratique ».

Il nous faut donc, pour opérer cette transposition de la démocratie dans le processus cosmopolitique, nous débarrasser d'une vision trop subjectiviste de la démocratie comme étant logée, d'une part, dans un individu doté de l'autonomie de la volonté et, d'autre part, dans un macro-sujet Léviathan en mesure d'exprimer la *volonté générale*. D'où l'importance de désobjectiviser la conception que l'on a du droit et de son fondement.

A cet égard, la piste proposée et suivie, depuis longtemps déjà, est celle tracée par Jürgen Habermas, qui substitue à la raison du sujet transcendantal comme fondement du droit un accord rationnel fondé sur la *pratique sociale de la communication*. Une telle substitution permet de se défaire là aussi d'un trop grand étato-morphisme qui conduit certains partisans du cosmopolitisme à proposer, par exemple, l'établissement d'une seconde chambre représentative des peuples à côté de l'Assemblée générale des Etats.

Il ne s'agit évidemment pas de cela : il n'est plus nécessaire de localiser la « volonté » générale dans un macro-sujet. Il s'agit plutôt de chercher à tirer profit et à canaliser la force de légitimation des interactions entre différents organes et acteurs à différents niveaux. Le cas échéant, une validation formelle de la norme peut s'opérer *in fine* par l'intermédiaire d'un organe spécifique, condition formelle pour donner un label « droit » à une règle, lui conférer ainsi une marque formelle de validité qui consacrera sa légitimité et, éventuellement, conditionnera sa factualité (le fait que sa mise en œuvre puisse être appuyée par une forme de contrainte publique).

Il nous semble que ce modèle permet d'expliquer comment fonctionnent aujourd'hui concrètement les organisations internationales, et notamment de donner un cadre explicatif à la participation des acteurs privés et des organisations de la société civile, que leur participation soit ou non formalisée en tant que telle.

*

En définitive, une théorie démocratique du droit international permet de mieux comprendre le droit international contemporain. Elle permet aussi d'offrir une grille de lecture utile dans une optique réformatrice, afin d'accélérer le processus cosmopolitique et le rattrapage que tous souhaitent et qui seul pourra nous redonner une maîtrise sur notre destin : à savoir la globalisation du politique qui reprendrait ainsi le contrôle de l'économie globalisée.

Document n°5 - J. HABERMAS, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, 2000, Fayard, Paris, 2000, p. 120

« [La mondialisation] nous révèle toujours plus clairement l'étroitesse de nos théâtres sociaux, la communauté de risque et le tissu des destins collectifs que nous formons. L'accélération et l'intensification de la communication et des échanges réduisent les écarts spatiaux et temporels, alors même que l'expansion des marchés se heurte aux limites de la planète et l'exploitation des ressources à celles de la nature. Ne serait-ce qu'à moyen terme, l'horizon rétréci ne nous permet plus de nous débarrasser des conséquences de nos actions ; de plus en plus rarement, en effet, nous pouvons, sans encourir de sanctions, nous débarrasser de nos faux frais et de nos risques au détriment d'autres secteurs de la société, de régions lointaines, de cultures étrangères ou de générations futures. [...] Les puissances capables d'agir au niveau mondial n'opèrent plus dans l''état de nature' du droit international classique, mais au niveau médian d'une politique mondiale en voie de formation. »

TRAVAUX DIRIGES
DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
Chargés de travaux dirigés : Mme Victoria Bellami & M. Olivier Pedebay

SEANCE 2 : UNE GOUVERNANCE GLOBALE DE LA COVID-19 ?
--

Documents :

- 1) ASSEMBLEE GENERALE, *Résolution 74/270*, 2 avril 2020.
- 2) ASSEMBLEE GENERALE, *Résolution 74/274*, 20 avril 2020.
- 3) CONSEIL DE SECURITE, *Résolution 2532 (2020)*, du 1^{er} juillet 2020.
- 4) ONU, Schéma « Initiatives politiques mondiales et stratégies opérationnelles », in *Riposte globale du système des Nations Unies face à la COVID-19. Sauver des vies, protéger les sociétés, reconstruire en mieux*, juin 2020, p. 4.
- 5) OMS, *Résolution « Riposte à la COVID-19 »*, WHA 73.1, du 19 mai 2020.
- 6) OMS, *Règlement sanitaire international*, art. 2-3, 12-14 (extraits).
- 7) H. DE POOTER, « La pandémie de COVID-19 éclairée par l'histoire de la coopération sanitaire internationale », *The Conversation*, 12 mai 2020 (disponible également sur : <https://theconversation.com/la-pandemie-de-covid-19-eclairee-par-lhistoire-de-la-cooperation-sanitaire-internationale-137461>).
- 8) Chronologie établie par Hélène de Pooter, in *Chronique des faits internationaux, RGDI* 2020-2, pp. 356-364.

Exercice :

A partir des textes reproduits ci-dessus et de l'actualité, les étudiants réfléchiront au sujet suivant : « Gouvernance globale contre unilatéralisme dans la lutte contre la COVID-19 ».

Document n°1 - Assemblée générale, Résolution 74/270, 2 avril 2020.

74/270. Solidarité mondiale dans la lutte contre la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19)

L'Assemblée générale,

Notant avec une grande inquiétude la menace que fait peser sur la santé, la sécurité et le bien-être de l'humanité la pandémie de maladie à coronavirus 2019 (COVID-19), qui continue de se propager à travers le monde,

Constatant les conséquences sans précédent de la pandémie, notamment la perturbation grave des sociétés et des économies, ainsi que des voyages et des échanges internationaux, et son impact dévastateur sur les moyens d'existence des populations,

Constatant que les plus pauvres et les plus vulnérables sont les plus touchés par la pandémie et que l'effet de la crise va réduire à néant les gains chèrement acquis en matière de développement et entraver la réalisation des objectifs de développement durable¹,

Reconnaissant le rôle central qui revient au système des Nations Unies s'agissant de déclencher et de coordonner l'action mondiale visant à contrôler et à contenir la propagation de la COVID-19 et consciente, à cet égard, du rôle crucial joué par l'Organisation mondiale de la Santé,

Se félicitant de l'appel lancé par le Secrétaire général pour faire face à la situation d'urgence sanitaire et concentrer les efforts sur les conséquences sociales et les mesures économiques à adopter et de l'importance qu'il accorde à une reprise durable et inclusive,

Constatant les efforts déployés par les gouvernements ainsi que par les professionnels de santé et les autres travailleurs essentiels sur toute la planète pour combattre la pandémie par des mesures visant à protéger la santé, la sécurité et le bien-être des populations,

Consciente qu'il est nécessaire que tous les acteurs concernés travaillent de concert aux niveaux national, régional et mondial de façon que personne ne soit laissé de côté,

Considérant que la pandémie de COVID-19 exige une action mondiale fondée sur l'unité, la solidarité et une coopération multilatérale renouvelée,

1. *Redit* qu'elle est attachée à la coopération internationale et au multilatéralisme et qu'elle appuie pleinement le rôle central que joue le système des Nations Unies dans l'action mondiale contre la pandémie de maladie à coronavirus 2019 (COVID-19) ;
2. *Souligne* que les droits de la personne doivent être pleinement respectés et qu'aucune forme de discrimination, de racisme ou de xénophobie n'a sa place dans l'action contre la pandémie ;
3. *Adresse toutes ses condoléances et exprime sa solidarité* aux familles et aux sociétés dont des membres ont perdu la vie à cause de la maladie, aux personnes qui luttent pour leur survie et à celles dont la vie et les moyens d'existence ont été affectés par la crise ;
4. *Exprime sa gratitude et son soutien* aux soignants de première ligne, aux professionnels de santé, aux scientifiques et aux chercheurs ainsi qu'aux autres travailleurs essentiels sur toute la planète qui travaillent dans des circonstances difficiles et éprouvantes pour faire face à la pandémie ;
5. *Demande* que la coopération internationale soit renforcée en vue de contenir, d'atténuer et de vaincre la pandémie, y compris par l'échange d'informations, de connaissances scientifiques et de

¹ Voir résolution 70/1.

bonnes pratiques, et par la mise en œuvre des directives que recommande l'Organisation mondiale de la Santé en la matière ;

6. *Redit sa volonté* d'aider les personnes et les sociétés se trouvant dans une situation particulière, notamment les plus faibles et les plus vulnérables, et constate que de nombreux gouvernements ont proposé à d'autres leur assistance et leur soutien dans un esprit de solidarité et d'entraide ;

7. *Réaffirme son plein attachement* à la décennie d'action et de réalisations en faveur des objectifs de développement durable et, à cet égard, souligne que le système des Nations Unies doit œuvrer à l'unisson en vue d'aider tous les gouvernements ;

8. *Se dit optimiste*, estimant que la crise sans précédent causée par la pandémie de COVID-19 pourra être atténuée et surmontée avec succès par l'esprit d'initiative et une coopération et une solidarité mondiales constantes ;

9. *Demande* au système des Nations Unies, sous l'égide du Secrétaire général, de collaborer avec tous les acteurs concernés afin d'engager une action mondiale coordonnée face à la pandémie et à ses conséquences sociales, économiques et financières néfastes pour toutes les sociétés.

2 avril 2020

Document n°2 - Assemblée générale, Résolution 74/274, 20 avril 2020

74/274. Coopération internationale visant à assurer l'accès mondial aux médicaments, aux vaccins et au matériel médical pour faire face à la COVID-19

L'Assemblée générale,

Rappelant ses résolutions 74/270 du 2 avril 2020 et 74/2 du 10 octobre 2019,

Notant avec inquiétude que la pandémie de la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19), qui s'est propagée partout, est une menace pour la santé, la sécurité et le bien-être des êtres humains et qu'elle a des effets sans précédent et multiformes, qu'elle entraîne notamment de profonds bouleversements pour les sociétés, les économies, le commerce mondial et les déplacements internationaux, et qu'elle a des répercussions dévastatrices sur les moyens de subsistance des populations,

Saluant la compétence, la générosité et le sacrifice personnel que font les professionnels des services de santé dans l'exercice de leurs fonctions en cherchant à contenir la propagation de la pandémie,

Réaffirmant le droit qu'a toute personne, sans distinction aucune, de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible,

Consciente que les pauvres et les plus vulnérables sont les personnes les plus touchées et que la pandémie aura des répercussions sur les acquis du développement, qu'elle entravera les progrès faits sur la voie de la réalisation des objectifs de développement durable, y compris la cible 3.8²,

Soulignant que l'accès équitable aux produits de santé est une priorité mondiale et que pour lutter contre la pandémie, il faut absolument que des produits dont la qualité est avérée soient disponibles, accessibles, acceptables et abordables financièrement,

² Voir résolution 70/1.

Sachant que la coopération internationale et un véritable multilatéralisme sont importants pour faire en sorte que tous les États mettent en place des mesures de protection nationales efficaces, qu'ils assurent l'accès au matériel médical vital, aux médicaments et aux vaccins essentiels et qu'ils garantissent leur circulation, afin de minimiser les effets négatifs dans tous les États touchés et d'éviter des rechutes de la pandémie,

Sachant également que la pandémie de COVID-19 appelle une réponse mondiale fondée sur l'unité, la solidarité et la coopération multilatérale,

1. *Réaffirme* que le système des Nations Unies joue un rôle fondamental en coordonnant la réponse mondiale qui vise à maîtriser et à contenir la propagation de la maladie à coronavirus (COVID-19) et en soutenant les États Membres et, à cet égard, considère que l'Organisation mondiale de la Santé joue un rôle moteur crucial ;

2. *Prie* le Secrétaire général d'arrêter et de recommander, en étroite collaboration avec l'Organisation mondiale de la Santé et d'autres organismes des Nations Unies compétents, y compris les institutions financières internationales, des solutions, y compris des méthodes permettant de développer rapidement la fabrication et de renforcer les chaînes d'approvisionnement, qui favorisent et garantissent l'accès et la distribution justes, transparents, équitables, efficaces et rapides d'outils de prévention, d'analyses de laboratoire, de réactifs et d'autres articles, de fournitures médicales essentielles, de nouveaux diagnostics, de médicaments et, à l'avenir, de vaccins contre la COVID-19, afin qu'ils soient mis à la disposition de toutes celles et ceux qui en ont besoin, en particulier dans les pays en développement ;

3. *Encourage* les États Membres à travailler en partenariat avec toutes les parties prenantes concernées afin d'accroître le financement de la recherche- développement de vaccins et de médicaments, de tirer parti des technologies numériques et de renforcer la coopération scientifique internationale nécessaire pour lutter contre la COVID-19 et pour renforcer la coordination, notamment avec le secteur privé, afin que soient développés, fabriqués et distribués rapidement des diagnostics, des médicaments antiviraux, des équipements de protection individuelle et des vaccins, dans le respect des objectifs d'efficacité, de sécurité, d'équité et d'accessibilité et à un coût raisonnable ;

4. *Engage* les États Membres et les autres parties prenantes concernées à prendre immédiatement des mesures pour empêcher, dans le respect de leurs cadres juridiques respectifs, la spéculation et le stockage excessif qui pourraient entraver l'accès à des médicaments essentiels, des vaccins, des équipements de protection individuelle et des équipements médicaux sûrs, efficaces et abordables, qui pourraient être nécessaires pour lutter efficacement contre la COVID-19 ;

5. *Prie* le Secrétaire général de prendre les mesures nécessaires pour coordonner et suivre efficacement, en étroite collaboration avec l'Organisation mondiale de la Santé, les efforts déployés par le système des Nations Unies pour promouvoir et assurer l'accès mondial aux médicaments, aux vaccins et aux équipements médicaux nécessaires pour faire face à la COVID-19 et, à cet égard, d'envisager de créer, dans la limite des ressources existantes, une équipe spéciale interinstitutions, et de l'informer de ces efforts, selon qu'il conviendra.

20 avril 2020

Document n°3 - Conseil de sécurité, *Résolution 2532 (2020)*, du 1^{er} juillet 2020

Résolution 2532 (2020)

Adoptée par le Conseil de sécurité le 1^{er} juillet 2020

Le Conseil de sécurité,

Rappelant qu'il a la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales,

Réaffirmant les buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies,

Se déclarant gravement préoccupé par les conséquences dévastatrices de la pandémie de COVID-19 dans le monde entier, en particulier dans les pays ravagés par un conflit armé, sortant d'un conflit ou en proie à une crise humanitaire,

Conscient que la violence et l'instabilité qui règnent dans les situations de conflit peuvent exacerber la pandémie et que, réciproquement, la pandémie peut aggraver les conséquences humanitaires néfastes des situations de conflit,

Conscient que les acquis obtenus par les pays en transition et les pays sortant d'un conflit en matière de consolidation de la paix et de développement risquent d'être réduits à néant par la pandémie de COVID-19,

Soulignant que la lutte contre la pandémie nécessite un renforcement de la coopération et de la solidarité nationales, régionales et internationales, ainsi qu'une action internationale coordonnée, inclusive, globale et mondiale, l'Organisation des Nations Unies jouant à cet égard un rôle de coordination essentiel,

Remerciant le personnel national et international de santé et de secours humanitaire pour la contribution qu'il ne cesse d'apporter à la lutte pressante contre la pandémie de COVID-19 et pour le dévouement dont il fait preuve,

Conscient des efforts déployés par le Secrétaire général et des mesures qu'il propose pour faire face aux effets que pourrait avoir la pandémie de COVID-19 sur les pays touchés par un conflit, en particulier son appel en faveur d'un cessez-le-feu mondial immédiat,

Ayant examiné la résolution 74/270 intitulée « Solidarité mondiale dans la lutte contre la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19) » adoptée par l'Assemblée générale le 2 avril 2020,

Prenant acte du lancement, par l'Organisation des Nations Unies, du Plan de réponse humanitaire global COVID-19, qui place les personnes au centre des mesures d'intervention,

Jugeant que l'ampleur sans précédent de la pandémie de COVID-19 risque de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales,

1. *Exige* la cessation générale et immédiate des hostilités dans toutes les situations dont il est saisi et *soutient* les efforts déployés à cet égard par le Secrétaire général et ses représentants et envoyés spéciaux ;

2. *Demande* à toutes les parties à des conflits armés de prendre part immédiatement à une pause humanitaire durable pendant au moins 90 jours consécutifs, de façon à permettre l'acheminement sûr, sans entrave et durable de l'aide humanitaire, la fourniture des services y afférents par des intervenants humanitaires impartiaux, dans le respect des principes humanitaires d'humanité, de neutralité,

d'impartialité et d'indépendance, et les évacuations médicales, conformément au droit international, y compris le droit international humanitaire et le droit des réfugiés selon qu'il convient ;

3. *Déclare* que la cessation générale et immédiate des hostilités et la pause humanitaire ne s'appliqueront pas aux opérations militaires dirigées contre l'État islamique d'Iraq et du Levant (EIIL, également connu sous le nom de Daech), Al-Qaida et le Front el-Nosra et tous les autres individus, groupes, entreprises et entités associés à Al-Qaida ou à l'EIIL, ainsi que les autres groupes terroristes qu'il a désignés comme tels ;

4. *Prie* le Secrétaire général de contribuer à faire en sorte que toutes les entités compétentes du système des Nations Unies, y compris les équipes de pays des Nations Unies, compte tenu des mandats de chacune, accélèrent leurs interventions face à la pandémie de COVID-19, l'accent étant mis sur les pays qui en ont besoin, y compris ceux en proie à un conflit armé ou à une crise humanitaire ;

5. *Prie* le Secrétaire général de le tenir informé des efforts déployés par l'Organisation des Nations Unies pour faire face à la pandémie de COVID-19 dans les pays en proie à un conflit armé ou à une crise humanitaire, ainsi que des effets qu'a la pandémie sur la capacité des opérations de maintien de la paix et des missions politiques spéciales de s'acquitter des tâches prioritaires qui leur incombent ;

6. *Prie également* le Secrétaire général de donner pour instruction aux opérations de maintien de la paix de fournir, dans le respect de leurs mandats et compte tenu de leurs capacités, un appui aux autorités du pays hôte dans les efforts qu'elles déploient pour contenir la pandémie, dans le but en particulier de faciliter l'accès humanitaire, y compris aux personnes déplacées et aux camps de réfugiés, et de permettre les évacuations médicales, et *prie* le Secrétaire général et les États Membres de prendre toutes les mesures appropriées pour protéger la sûreté, la sécurité et la santé de tous les membres de personnel des Nations Unies participant aux opérations de paix des Nations Unies, tout en assurant la continuité des opérations, ainsi que toutes autres mesures pour former le personnel de maintien de la paix aux questions liées à la prévention de la propagation de la COVID-19 ;

7. *Reconnaît* le rôle essentiel que les femmes jouent dans la lutte contre la COVID-19, ainsi que les effets négatifs et disproportionnés, notamment sur le plan socio-économique, que la pandémie a sur les femmes et les filles, les enfants, les réfugiés, les personnes déplacées, les personnes âgées et les personnes handicapées, et *demande* que des actions concrètes soient entreprises pour minimiser ces effets et faire en sorte que les femmes et les jeunes participent pleinement et véritablement, sur un pied d'égalité, à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une riposte appropriée et durable à la pandémie ;

8. *Décide* de rester saisi de la question.

Document n°4 - ONU, Schéma « Initiatives politiques mondiales et stratégies opérationnelles », in *Riposte globale du système des Nations Unies face à la COVID-19. Sauver des vies, protéger les sociétés, reconstruire en mieux*, juin 2020, p. 4

INITIATIVES POLITIQUES MONDIALES ET STRATÉGIES OPÉRATIONNELLES

Initiatives politiques du Secrétaire général

19 juin	Le monde du travail et de la COVID-19
9 juin	L'impact de la COVID-19 sur la sécurité alimentaire et la nutrition
3 juin	La COVID-19 et les personnes en situation de déplacement
21 mai	Campagne vérifiée sur des informations factuelles fiables au sujet de la COVID-19
20 mai	L'impact de la COVID-19 en Afrique
13 mai	La COVID-19 et la nécessité d'agir pour préserver la santé mentale
8 mai	Appel contre la haine et la xénophobie
6 mai	Inclusion du handicap dans la riposte à la COVID-19
1 mai	L'impact de la COVID-19 sur les personnes âgées
23 avril	COVID-19 et droits humains : réagissons ensemble !
17 avril	Dette et COVID-19 : une action mondiale et solidaire
16 avril	L'impact de la COVID-19 sur les enfants
9 avril	L'impact de la COVID-19 sur les femmes
5 avril	Appel contre la violence de genre dans le contexte de la COVID-19
31 mars	Responsabilité partagée et solidarité mondiale : gérer les retombées socioéconomiques de la COVID-19
23 mars	Appel à un cessez-le feu mondial

Stratégies opérationnelles conjointes mises en oeuvre dans le cadre de la riposte par la famille des Nations Unies et ses partenaires

1 - LA RIPOSTE À LA COVID-19

Objectifs stratégiques

- 1 Organiser rapidement la coordination internationale et le soutien aux opérations
- 2 Renforcer les opérations liées à la préparation et à la riposte des pays
- 3 Accélérer la recherche et l'innovation prioritaires

Partenaires

Plus de 200
gouvernements, organisations internationales et non gouvernementales, instituts de recherche et entreprises

Ressources nécessaires

1 740 millions
de dollars nécessaires dont 1 022 millions de dollars (59 %) reçus ou promis au 24 juin

2 - HUMANITAIRE : PLAN DE RÉPONSE HUMANITAIRE GLOBAL

Objectifs stratégiques

- 1 Endiguer la propagation de la pandémie de COVID-19 et réduire la morbidité et la mortalité qui y sont associées
- 2 Diminuer la détérioration du capital humain et des droits humains, de la cohésion sociale et des moyens de subsistance
- 3 Protéger, alder et défendre les réfugiés, les personnes déplacées, les migrants et les communautés vulnérables

Partenaires

Plus de 60
organisations internationales et non gouvernementales

Ressources nécessaires

7 320 millions
de dollars nécessaires dont 1 440 millions de dollars (19,7 %) reçus ou promis au 24 juin

3 - DÉVELOPPEMENT : CADRE D'INTERVENTION SOCIOÉCONOMIQUE DE L'ONU

Objectifs stratégiques

- 1 Protéger les services et les systèmes de santé pendant la crise
- 2 Protéger les personnes : protection sociale et services de base
- 3 Protéger les emplois, les petites et moyennes entreprises et le secteur informel
- 4 Faciliter la riposte macroéconomique et la collaboration multilatérale
- 5 Soutenir la cohésion sociale et la résilience des populations

Partenaires

Plus de 165
institutions nationales dans des pays et territoires ou des équipes de pays des Nations Unies sont présentes

Ressources nécessaires

1 000 millions
de dollars nécessaires pour les 9 premiers mois de la riposte, dont 49 millions de dollars (5 %) ont été obtenus

Document n°5 - OMS, *Résolution « Riposte à la COVID-19 »*, WHA 73.1, du 19 mai 2020

Riposte à la COVID-19

La Soixante-Treizième Assemblée mondiale de la Santé,

Ayant examiné le discours du Directeur général sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) en cours³,

Profondément préoccupée par la morbidité et la mortalité imputables à la pandémie de COVID-19, par les répercussions sur la santé physique et mentale et le bien-être social, ainsi que sur les économies et les sociétés et par l'aggravation des inégalités qui en résultent au sein des pays et entre eux ;

Témoignant sa solidarité à tous les pays touchés par la pandémie, présentant ses condoléances et exprimant sa sympathie à l'ensemble des familles des victimes de la COVID-19 ;

Soulignant qu'il incombe au premier chef aux gouvernements d'adopter et de mettre en œuvre des interventions pour faire face à la pandémie de COVID-19 qui soient adaptées à leur contexte national et de mobiliser les ressources nécessaires pour y parvenir ;

Rappelant le mandat constitutionnel de l'OMS, consistant à agir, entre autres, en tant qu'autorité directrice et coordonnatrice, dans le domaine de la santé, des travaux ayant un caractère international, et considérant le rôle de chef de file de l'Organisation dans le cadre plus large de la riposte des Nations Unies ainsi que l'importance d'une coopération multilatérale renforcée afin de contrer la pandémie de COVID-19 et ses conséquences négatives majeures ;

Rappelant également que la Constitution de l'OMS stipule que la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité, et que la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale ;

Rappelant en outre la déclaration par le Directeur général le 30 janvier 2020 d'une urgence de santé publique de portée internationale concernant le nouveau coronavirus (2019-nCoV) et les recommandations temporaires émises par le Directeur général en application du Règlement sanitaire international (2005) sur les conseils du Comité d'urgence convoqué dans le cadre de la riposte au 2019-nCoV ;

Rappelant aussi les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 74/270 (2020) intitulée « Solidarité mondiale dans la lutte contre la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19) » et 74/274, intitulée « Coopération internationale visant à assurer l'accès mondial aux médicaments, aux vaccins et au matériel médical pour faire face à la COVID-19 » ;

Notant la résolution EB146.R10 (2020) intitulée « Renforcement de la préparation aux situations d'urgence sanitaire : application du Règlement sanitaire international (2005) » et réitérant l'obligation qui incombe à l'ensemble des États Parties d'appliquer et de respecter pleinement le Règlement sanitaire international (2005) ;

Notant également le Plan stratégique de préparation et de riposte de l'OMS et le Plan de réponse humanitaire global contre la COVID-19 des Nations Unies ;

Sachant que les répercussions de la pandémie de COVID-19 se font sentir de manière disproportionnée sur les pauvres et sur les personnes les plus vulnérables, et qu'elle a une incidence sur les acquis en

³ Document A73/3.

matière de santé et de développement, en particulier dans les pays à revenu faible ou intermédiaire et dans les pays en développement, entravant ainsi la réalisation des objectifs de développement durable et de la couverture sanitaire universelle, notamment par le renforcement des soins de santé primaires, et réitérant qu'il importe de déployer des efforts continus et concertés et de fournir une aide au développement, et constatant en outre avec une vive préoccupation les conséquences des niveaux élevés d'endettement sur la capacité des pays à résister au choc de la COVID-19 ;

Considérant en outre les répercussions de la pandémie de COVID-19 sur la santé, notamment la faim et la malnutrition, une plus grande violence à l'égard des femmes, des enfants et des agents de santé de première ligne, ainsi que les perturbations touchant les soins prodigués aux personnes âgées et aux personnes handicapées ;

Soulignant la nécessité de protéger les populations de la COVID-19, en particulier les personnes atteintes de pathologies préexistantes, les personnes âgées et les autres groupes à risque, notamment les professionnels de la santé, les agents de santé et autres agents de première ligne concernés, et plus particulièrement les femmes, qui représentent la majorité des personnels de santé, ainsi que les personnes handicapées, les enfants, les adolescents et les personnes vulnérables, et soulignant qu'il importe à cet égard d'adopter des mesures qui tiennent compte de l'âge et des questions de genre et qui soient adaptées aux personnes handicapées ;

Sachant que tous les pays doivent avoir un accès libre et rapide à des produits de diagnostic, à des traitements, à des médicaments et à des vaccins de qualité, sûrs, efficaces et abordables, à des technologies de santé essentielles et aux éléments qui les constituent ainsi qu'au matériel pour pouvoir mettre en place la riposte à la COVID-19 ;

Notant la nécessité de garantir un accès libre et sûr pour le personnel humanitaire, en particulier le personnel médical intervenant dans le cadre de la pandémie de COVID-19, pour ses moyens de transport et pour son matériel, et de veiller à la protection des hôpitaux et des autres établissements de santé ainsi qu'à la livraison des fournitures et du matériel, afin de permettre à ce personnel d'apporter de manière efficace et en toute sécurité une assistance aux populations civiles touchées ;

Rappelant la résolution 46/182 du 19 décembre 1991 de l'Assemblée générale des Nations Unies intitulée « Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence de l'Organisation des Nations Unies » ainsi que l'ensemble des résolutions ultérieures de l'Assemblée générale sur ce sujet, notamment la résolution 74/118 du 16 décembre 2019 ;

Soulignant que le respect du droit international, y compris du droit international humanitaire, est essentiel pour endiguer les flambées de COVID-19 pendant les conflits armés et en atténuer l'incidence ;

Consciente en outre des nombreuses répercussions sur la santé publique, des difficultés et des besoins en ressources imprévus créés par la pandémie de COVID-19 en cours et ses éventuelles réémergences, ainsi que de la multitude et de la complexité des mesures nécessaires, immédiates et à long terme, de la coordination et de la collaboration, qui sont requises à tous les niveaux de gouvernance, dans l'ensemble des organisations et des secteurs, y compris la société civile et le secteur privé, pour mener une riposte de santé publique efficace et coordonnée à la pandémie, en veillant à ne laisser personne de côté ;

Consciente également de l'importance de la planification et de la préparation en vue de la phase de relèvement, notamment pour atténuer l'incidence de la pandémie et les conséquences non voulues des mesures de santé publique sur la société, la santé publique, les droits humains et l'économie ;

Se déclarant optimiste quant à la possibilité de maîtriser et de surmonter la pandémie de COVID-19 et d'en atténuer l'incidence en faisant preuve de leadership, de coopération mondiale soutenue, d'unité et de solidarité,

1. APPELLE, dans un esprit d'unité et de solidarité, à intensifier la coopération et la collaboration à tous les niveaux de manière à endiguer et à maîtriser la pandémie de COVID-19 et à en atténuer l'incidence ;

2. RECONNAÎT le rôle de chef de file de l'OMS ainsi que le rôle fondamental du système des Nations Unies pour mobiliser et coordonner la riposte mondiale et globale à la pandémie de COVID-19 et les efforts essentiels des États Membres à cet égard ;

3. EXPRIME toute sa gratitude aux professionnels de la santé, aux agents de santé et aux autres agents de première ligne concernés, ainsi qu'au Secrétariat de l'OMS, et leur apporte son soutien pour leur dévouement, leurs efforts et leurs sacrifices, qui vont bien au-delà de ce qui est attendu d'eux, dans le cadre de la riposte à la pandémie de COVID-19 ;

4. DEMANDE l'accès universel, rapide et équitable et la juste distribution de tous les produits et de toutes les technologies de santé essentiels de qualité, sûrs, efficaces et abordables, y compris leurs éléments constitutifs et leurs précurseurs, qui sont nécessaires à la riposte contre la pandémie de COVID-19, en en faisant une priorité mondiale, et l'élimination urgente des obstacles injustifiés à cet accès dans le respect des dispositions des traités internationaux concernés, y compris les dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) ainsi que les flexibilités énoncées dans la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique ;

5. RÉITÈRE combien il est important de répondre d'urgence aux besoins des pays à revenu faible ou intermédiaire afin de combler les lacunes dans les efforts déployés pour surmonter la pandémie moyennant une aide au développement et une aide humanitaire adaptées et rapides ;

6. EST CONSCIENTE du rôle d'une immunisation à grande échelle contre la COVID-19, en tant que bien public mondial en rapport avec la santé, pour prévenir, endiguer et éliminer la transmission afin de mettre un terme à la pandémie, dès lors que des vaccins sûrs, de qualité, efficaces, performants, accessibles et abordables seront disponibles ;

7. APPELLE les États Membres⁴, dans le contexte de la pandémie de COVID-19 :

- 1) à mettre en place une riposte engageant l'ensemble des pouvoirs publics et de la société, y compris par l'application d'un plan d'action national intersectoriel sur la COVID-19 qui reprenne des mesures immédiates et à long terme visant à renforcer durablement leur système de santé et leurs systèmes de protection sociale ainsi que leurs capacités de préparation, de surveillance et d'intervention en tenant compte des orientations de l'OMS, selon le contexte national, et en garantissant la participation des communautés et la collaboration des parties prenantes concernées ;
- 2) à appliquer des plans d'action nationaux par la mise en place, selon les spécificités de leur contexte, de mesures contre la COVID-19 qui soient globales, proportionnées et assorties de délais, et tiennent compte de l'âge, du handicap et des questions de genre, à l'échelle de l'ensemble des pouvoirs publics, en veillant au respect des droits humains et des libertés fondamentales et en prêtant une attention particulière aux besoins des personnes vulnérables, en encourageant la cohésion sociale, en prenant les mesures nécessaires pour assurer la protection sociale et la protection contre les difficultés financières et en s'attachant à prévenir l'insécurité, la violence, la discrimination, la stigmatisation et la marginalisation ;
- 3) à veiller à ce que les restrictions de mouvements de personnes, de matériel médical et de médicaments, dans le contexte de la pandémie de COVID-19, soient temporaires et spécifiques et à aménager des exceptions pour les mouvements de personnel humanitaire et d'agents de santé, y compris d'agents de santé communautaires, leur permettant de s'acquitter de leurs

⁴ Et, le cas échéant, les organisations d'intégration économique régionale.

fonctions, de même que pour le transfert du matériel et des médicaments nécessaires aux activités des organisations humanitaires ;

- 4) à prendre des mesures pour faciliter l'accès à l'eau potable, à l'assainissement et à l'hygiène, et aux moyens de lutte anti-infectieuse, en veillant à ce qu'une attention suffisante soit accordée à la promotion des mesures d'hygiène personnelle dans tous les contextes, y compris dans les situations de crise humanitaire et en particulier dans les établissements de santé ;
- 5) à assurer la continuité opérationnelle du système de santé, envisagé sous tous ses aspects, suivant le contexte national et les priorités nationales, afin de pouvoir mener une action de santé publique efficace face à la pandémie de COVID-19 et aux autres épidémies en cours et de veiller à la prestation continue, en toute sécurité, de services au niveau de la population et des personnes, entre autres face aux maladies transmissibles (notamment par la poursuite des programmes de vaccination), aux maladies tropicales négligées et aux maladies non transmissibles, ainsi que dans les domaines de la santé mentale, de la santé de la mère et de l'enfant et de la santé sexuelle et reproductive ; et à promouvoir une meilleure nutrition pour la femme et pour l'enfant ; en reconnaissant à cet égard qu'il est important d'accroître le financement national et l'aide au développement, lorsque nécessaire, en vue d'instaurer la couverture sanitaire universelle ;
- 6) à fournir à la population des informations fiables et complètes sur la COVID-19 et sur les mesures prises par les autorités en riposte à la pandémie, et à prendre des mesures face à la diffusion d'informations fausses et trompeuses et aux actes de cybermalveillance ;
- 7) à donner accès à des services sûrs de dépistage, de traitement et de soins palliatifs de la COVID-19, en veillant particulièrement à protéger les personnes ayant des pathologies préexistantes, les personnes âgées et les autres personnes à risque, en particulier les professionnels de la santé, les agents de santé et les autres agents de première ligne concernés ;
- 8) à faire en sorte que les professionnels de la santé, les agents de santé et les autres agents de première ligne exposés à la COVID-19 aient accès aux équipements de protection individuelle et aux autres produits et formations nécessaires, notamment en fournissant un soutien psychosocial ; à prendre des mesures pour leur protection au travail, en facilitant leur accès au travail et en leur offrant une rémunération adaptée ; et à envisager la mise en place du partage et de la délégation des tâches pour optimiser l'emploi des ressources ;
- 9) à tirer parti des technologies numériques pour la riposte à la COVID-19, y compris face à ses conséquences socioéconomiques, en accordant une attention particulière à la réduction de la fracture numérique, à l'autonomisation des patients, à la confidentialité des données, aux questions de sécurité et aux enjeux juridiques et éthiques, et à la protection des données personnelles ;
- 10) à communiquer en temps voulu à l'OMS des informations de santé publique exactes et suffisamment détaillées relatives à la pandémie de COVID-19, comme l'exige le Règlement sanitaire international (2005) ;
- 11) dans le cadre de la COVID-19, à mettre à disposition de l'OMS et des autres pays, selon qu'il conviendra, les connaissances, les enseignements tirés de l'expérience, les meilleures pratiques, les données, les supports et les produits nécessaires pour la riposte ;
- 12) à collaborer afin de promouvoir la recherche-développement à financement privé comme à financement public, y compris l'innovation ouverte, dans tous les domaines pertinents, sur les mesures nécessaires pour endiguer la pandémie de COVID-19 et y mettre un terme, et en particulier sur les vaccins, les produits de diagnostic et les traitements, et à communiquer les informations pertinentes à l'OMS ;

- 13) à optimiser l'utilisation prudente des antimicrobiens dans le traitement de la COVID-19 et des infections secondaires afin d'empêcher l'apparition de la résistance aux antimicrobiens ;
- 14) à renforcer les mesures en faveur de la participation des femmes à toutes les étapes des processus décisionnels, et à intégrer une perspective de genre dans la riposte à la COVID-19 et pendant la phase de relèvement ;
- 15) à fournir un financement durable à l'OMS pour qu'elle soit en mesure de répondre pleinement aux besoins en santé publique dans la riposte mondiale à la COVID-19, en veillant à ne laisser personne de côté ;

8. APPELLE les organisations internationales et les autres parties prenantes :

- 1) à apporter à tous les pays qui en font la demande un soutien à la mise en œuvre des plans d'action nationaux multisectoriels et au renforcement des systèmes de santé en vue de riposter à la pandémie de COVID-19, ainsi qu'aux efforts qu'ils déploient pour continuer d'assurer en toute sécurité les autres fonctions et services essentiels de santé publique ;
- 2) à collaborer à tous les niveaux pour mettre au point, tester et produire à grande échelle des produits de diagnostic, des traitements, des médicaments et des vaccins sûrs, efficaces, de qualité et abordables pour la riposte à la COVID-19, y compris en utilisant les mécanismes existants de mise en commun volontaire de brevets et d'octroi volontaire de licences de brevets pour faciliter un accès rapide, équitable et économiquement abordable à ces produits, conformément aux dispositions des traités internationaux pertinents, y compris les dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) et les flexibilités confirmées dans la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique ;
- 3) à agir, le cas échéant en coordination avec les États Membres, face à la prolifération d'informations fausses ou trompeuses, en particulier dans la sphère numérique, et face à la prolifération d'actes de cybermalveillance sapant l'action de santé publique, et à fournir un appui pour que des données et des informations claires, objectives et scientifiquement fondées soient rapidement communiquées au public ;

9. PRIE le Directeur général :

- 1) de continuer d'œuvrer avec le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et les organisations multilatérales compétentes, y compris les organismes signataires du Plan d'action mondial pour permettre à tous de vivre en bonne santé et promouvoir le bien-être de tous, à une riposte globale et coordonnée mobilisant l'ensemble du système des Nations Unies pour aider les États Membres à agir face à la pandémie de COVID-19, en pleine coopération avec les gouvernements, selon qu'il conviendra, en démontrant son leadership en matière de santé dans le système des Nations Unies ; et de continuer de jouer le rôle de chef de file du Groupe sectoriel pour la santé dans l'action humanitaire des Nations Unies ;
- 2) de continuer de renforcer les capacités de l'OMS à tous les niveaux afin qu'elle puisse s'acquitter pleinement et efficacement des fonctions qui lui incombent au titre du Règlement sanitaire international (2005) ;
- 3) d'aider, et de continuer d'inviter, tous les États Parties à prendre les mesures requises par les dispositions du Règlement sanitaire international (2005), notamment en apportant tout l'appui nécessaire aux pays afin de développer, de renforcer et de maintenir leurs capacités de s'y conformer pleinement ;

- 4) d'apporter un appui aux pays qui le demandent, suivant leur contexte national, afin d'assurer en toute sécurité la continuité opérationnelle du système de santé dans tous les aspects nécessaires à une action de santé publique efficace face à la pandémie de COVID-19 et aux autres épidémies en cours, et afin d'assurer la prestation continue, en toute sécurité, de services au niveau de la population et des personnes, entre autres face aux maladies transmissibles (notamment par la poursuite des programmes de vaccination), aux maladies tropicales négligées et aux maladies non transmissibles, et dans les domaines de la santé mentale, de la santé de la mère et de l'enfant et de la santé sexuelle et reproductive ; et de promouvoir une meilleure nutrition pour la femme et pour l'enfant ;
- 5) d'apporter un appui aux pays qui le demandent pour l'élaboration, l'application et l'adaptation de plans de riposte nationaux pertinents face à la COVID-19, en élaborant, diffusant et actualisant des produits normatifs et des orientations techniques, des outils d'apprentissage, des données et des éléments scientifiques pour les interventions face à la COVID-19, notamment pour combattre les informations fausses ou trompeuses et les actes de cybermalveillance ; et de continuer d'agir face aux médicaments et aux produits médicaux de qualité inférieure et falsifiés ;
- 6) de continuer à collaborer étroitement avec l'Organisation mondiale de la santé animale (OIE), l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et les pays, dans le cadre de l'approche « Un monde, une santé » en vue d'identifier la source zoonotique du virus et de déterminer par quelle voie il s'est introduit dans la population humaine, y compris en examinant le rôle potentiel d'hôtes intermédiaires, notamment moyennant des missions scientifiques et des missions de collaboration sur le terrain qui permettront de cibler les interventions et d'établir un programme de recherche visant à réduire le risque d'apparition d'incidents similaires et à fournir des orientations sur les moyens à mettre en œuvre pour prévenir les infections par le coronavirus 2 du syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS-CoV-2) chez l'homme et chez l'animal et éviter l'apparition de nouveaux réservoirs zoonotiques, et à réduire encore les risques d'urgence et de transmission des zoonoses ;
- 7) de fournir régulièrement aux États Membres, y compris par l'intermédiaire des organes directeurs, des informations sur les résultats des efforts de collecte de fonds, sur l'application mondiale du Plan stratégique de préparation et de riposte de l'OMS et sur l'affectation des ressources financières par son intermédiaire, y compris les déficits de financement et les résultats obtenus, de manière transparente, responsable et rapide, en particulier en ce qui concerne le soutien apporté aux pays ;
- 8) rapidement, notant le paragraphe 2 de la résolution 74/274 de l'Assemblée générale des Nations Unies intitulée « Coopération internationale visant à assurer l'accès mondial aux médicaments, aux vaccins et au matériel médical pour faire face à la COVID-19 », et en consultation avec les États Membres⁵ et avec la contribution d'organisations internationales compétentes, de la société civile et du secteur privé, selon qu'il conviendra, de déterminer et de présenter des options conformes aux dispositions des traités internationaux pertinents, y compris les dispositions de l'Accord sur les ADPIC et les flexibilités énoncées dans la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, qui pourront être utilisées pour renforcer les capacités de mise au point, de production et de distribution nécessaires pour assurer en toute transparence un accès équitable et rapide à des produits de diagnostic, des traitements, des médicaments et des vaccins de qualité, sûrs, abordables et efficaces pour la riposte à la COVID-19 en tenant compte des mécanismes, des outils et des initiatives existants, comme le Dispositif pour accélérer l'accès aux outils de lutte contre la COVID-19 (ACT), et les appels à contributions pertinents, tels que la campagne « Réponse mondiale au coronavirus », pour examen par les organes directeurs ;

⁵ Et, le cas échéant, les organisations d'intégration économique régionale.

- 9) de veiller à ce que le Secrétariat dispose de ressources suffisantes pour appuyer les États Membres dans la délivrance des homologations nécessaires pour engager rapidement des mesures adaptées contre la COVID-19 ;
- 10) de lancer, au moment approprié le plus proche et en consultation avec les États Membres⁶, un processus d'évaluation impartiale, indépendante et complète par étapes, notamment en utilisant les mécanismes existants⁷, selon qu'il conviendra, pour examiner l'expérience acquise et les leçons tirées de la riposte sanitaire internationale coordonnée par l'OMS face à la COVID-19, y compris : i) l'efficacité des mécanismes dont dispose l'OMS ; ii) fonctionnement du Règlement sanitaire international (2005) et l'état d'application des recommandations pertinentes des précédents comités d'examen du RSI ; iii) la contribution de l'OMS aux efforts à l'échelle des Nations Unies ; et iv) les mesures prises par l'OMS face à la pandémie de COVID-19 et leur chronologie ; et de formuler des recommandations en vue d'améliorer les capacités mondiales de prévention, de préparation et de riposte face aux pandémies, notamment en renforçant, le cas échéant, le Programme OMS de gestion des situations d'urgence sanitaire ;
- 11) de faire rapport à la Soixante-Quatorzième Assemblée mondiale de la Santé sur l'application de la présente résolution.

Deuxième séance plénière, 19 mai 2020 A73/VR/2

Document n°6 - OMS, *Règlement sanitaire international*, art. 2-3, 12-14 (extraits)

[...]

Article 2 : Objet et portée

L'objet et la portée du présent Règlement consistent à prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux.

Article 3 : Principes

1. Le présent Règlement est mis en oeuvre en respectant pleinement la dignité des personnes, les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

2. La mise en oeuvre du présent Règlement est guidée par la Charte des Nations Unies et la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé.

3. La mise en oeuvre du présent Règlement est guidée par le souci de son application universelle en vue de protéger l'ensemble de la population mondiale de la propagation internationale des maladies.

4. En application de la Charte des Nations Unies et des principes du droit international, les États ont le droit souverain de légiférer et de promulguer la législation en vue de la mise en oeuvre de leurs politiques en matière de santé. Ce faisant, ils doivent favoriser les buts du présent Règlement.

[...]

Article 12 : Détermination de l'existence d'une urgence de santé publique de portée internationale

1. Le Directeur général détermine, sur la base des informations qu'il reçoit, en particulier de l'État Partie sur le territoire duquel un événement se produit, si un événement constitue une urgence de santé publique de

⁶ Et, le cas échéant, les organisations d'intégration économique régionale.

⁷ Notamment un comité d'examen du RSI et le Comité consultatif de surveillance indépendant du Programme OMS de gestion des situations d'urgence sanitaire.

portée internationale au regard des critères et de la procédure énoncés dans le présent Règlement.

2. Si le Directeur général considère, sur la base d'une évaluation en vertu du présent Règlement, qu'il existe une urgence de santé publique de portée internationale, il consulte l'Etat Partie sur le territoire duquel l'événement se produit au sujet de cette conclusion préliminaire. Si le Directeur général et l'Etat Partie conviennent de cette conclusion, le Directeur général, suivant la procédure énoncée à l'article 49, sollicite les vues du Comité créé en application de l'article 48 (ci-après dénommé le «Comité d'urgence») concernant les recommandations temporaires appropriées.

3. Si, suite à la consultation prévue au paragraphe 2 ci-dessus, le Directeur général et l'Etat Partie sur le territoire duquel l'événement se produit ne s'entendent pas dans les 48 heures sur la question de savoir si l'événement constitue une urgence de santé publique de portée internationale, une décision est prise conformément à la procédure énoncée à l'article 49.

4. Pour déterminer si un événement constitue une urgence de santé publique de portée internationale, le Directeur général tient compte :

- a) des informations fournies par l'Etat Partie ;
- b) de l'instrument de décision figurant à l'annexe 2 ;
- c) de l'avis du Comité d'urgence ;
- d) des principes scientifiques, ainsi que des éléments de preuve scientifiques disponibles et autres informations pertinentes ; et
- e) d'une évaluation du risque pour la santé humaine, du risque de propagation internationale de maladies et du risque d'entraves au trafic international.

5. Si le Directeur général, après consultation de l'Etat Partie sur le territoire duquel l'urgence de santé publique de portée internationale est

survenue, considère que l'urgence de santé publique de portée internationale a pris fin, il prend une décision conformément à la procédure énoncée à l'article 49.

Article 13 : Action de santé publique

1. Chaque Etat Partie acquiert, renforce et maintient, dès que possible mais au plus tard dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur du présent Règlement à l'égard de cet Etat Partie, la capacité de réagir rapidement et efficacement en cas de risque pour la santé publique et d'urgence de santé publique de portée internationale, conformément à l'annexe 1. L'OMS publie, en consultation avec les Etats Membres, des principes directeurs pour aider les Etats Parties à acquérir les capacités d'action de santé publique.

2. A la suite de l'évaluation visée au paragraphe 2 de la partie A de l'annexe 1, un Etat Partie peut rendre compte à l'OMS en invoquant un besoin justifié et un plan d'action et, ce faisant, obtenir un délai supplémentaire de deux ans pour remplir l'obligation qui lui incombe aux termes du paragraphe 1 du présent article. Dans des circonstances exceptionnelles et en faisant valoir un nouveau plan d'action, l'Etat Partie peut demander que le délai soit encore prolongé de deux ans au maximum au Directeur général, qui prend la décision en tenant compte de l'avis technique du Comité d'examen. Après la période prévue au paragraphe 1 du présent article, l'Etat Partie qui a obtenu un délai supplémentaire rend compte tous les ans à l'OMS des progrès accomplis dans la mise en oeuvre complète.

3. A la demande d'un Etat Partie, l'OMS collabore à l'action en cas de risque pour la santé publique et d'autres événements en fournissant des conseils et une assistance techniques et en évaluant l'efficacité des mesures de lutte mises en place, y compris, le cas échéant, en mobilisant des équipes internationales d'experts pour prêter assistance sur place.

4. Si l'OMS, en consultation avec les Etats Parties concernés conformément à l'article 12, établit qu'il existe une urgence de santé publique de portée internationale, elle peut offrir, outre le soutien indiqué au paragraphe 3 du présent article, une assistance

supplémentaire à l'Etat Partie, et notamment une évaluation de la gravité du risque international et de l'adéquation des mesures de lutte. Elle peut, au titre de cette collaboration, offrir de mobiliser une assistance internationale afin d'aider les autorités nationales à conduire et coordonner les évaluations sur place. A la demande de l'Etat Partie, l'OMS communique des informations à l'appui de cette offre.

5. A la demande de l'OMS, les Etats Parties soutiennent, dans la mesure du possible, l'action coordonnée par l'OMS.

6. A leur demande, l'OMS offre de fournir des conseils et une assistance appropriés aux autres Etats Parties affectés ou menacés par l'urgence de santé publique de portée internationale.

Article 14 : Coopération de l'OMS avec des organisations intergouvernementales et des organismes internationaux

1. L'OMS coopère et, le cas échéant, coordonne ses activités avec d'autres organisations

intergouvernementales et organismes internationaux compétents pour la mise en oeuvre du présent Règlement, notamment par des accords et arrangements similaires.

2. Au cas où la notification ou la vérification d'un événement, ou l'action mise en oeuvre pour y faire face, relève principalement de la compétence d'autres organisations intergouvernementales ou organismes internationaux, l'OMS coordonne ses activités avec ces organisations ou organismes aux fins de l'application de mesures propres à protéger la santé publique.

3. Nonobstant ce qui précède, aucune disposition du présent Règlement n'empêche ni ne limite la fourniture par l'OMS de conseils, d'un soutien ou d'une assistance technique ou autre à des fins de santé publique.

[...]

Document n°7 - H. de Pooter, « La pandémie de COVID-19 éclairée par l'histoire de la coopération sanitaire internationale », *The Conversation*, 12 mai 2020

En 2005, la coopération internationale a donné naissance à un instrument juridique ambitieux et obligatoire pour ses 196 États parties : le Règlement sanitaire international (RSI). Ce texte est le dernier d'une série qui remonte à la première Conférence sanitaire internationale ouverte à Paris le 27 juillet 1851 à l'initiative de Louis-Napoléon Bonaparte. « Douze Puissances les plus éclairées de l'Europe », selon les termes du président de la Conférence, étaient alors représentées, chacune par un diplomate et un médecin : la France, l'Autriche, le Royaume des Deux-Siciles, l'Espagne, le Saint-Siège, la Grande-Bretagne, la Grèce, le Portugal, la Russie, la Sardaigne, le Duché de Toscane et la Turquie.

Toutes ces puissances avaient pour point commun, et ce n'est pas un hasard, d'utiliser la Méditerranée pour commercer par voie maritime. Or, à la demande du ministre français du Commerce, le secrétaire du Conseil supérieur de santé de la France, Philippe de Ségur Dupeyron, avait rédigé un rapport dans lequel il mettait en évidence que le commerce maritime de l'Europe avec l'Asie facilitait l'importation de la peste.

Pour autant, faisait-il remarquer, les États ne sont pas prêts à interrompre leurs relations commerciales : ils préfèrent, lorsqu'une épidémie risque de se propager sur leur territoire, adopter des mesures sanitaires, en particulier des mesures de quarantaine. Ségur Dupeyron soulignait que ces mesures sanitaires sont bien souvent anarchiques, arbitraires et excessives. En 1894, le professeur Adrien Proust (délégué de la France et père de l'écrivain) résumait la situation ainsi :

« Chaque État avait un régime particulier. Ici, on repoussait les provenances qui, là, étaient admises sans difficulté. Dans tel pays, on considérait comme contagieuse et importable une maladie qui, dans les pays voisins, était déclarée non contagieuse et non transmissible. La durée des quarantaines n'avait d'autre limite que celle que fixait la volonté d'administrations toutes à peu près indépendantes du pouvoir central. Les droits

les plus divers et souvent les plus exagérés étaient imposés à la navigation. Il devenait impossible d'établir aucun calcul sur les chances d'une opération commerciale. »

Les mesures sanitaires adoptées par chacun des États naviguant en Méditerranée, en plus de manquer de cohérence, avaient donc le défaut de porter inutilement atteinte au commerce, en entraînant des retards coûteux du fait de l'immobilisation des navires et de la destruction ou de la détérioration des cargaisons. C'est pourquoi Ségur Dupeyron proposa que les pays bordant la Méditerranée s'accordent sur un « arrangement général » afin de parvenir à un « droit commun sanitaire ». Cette suggestion donnera lieu à l'organisation, en 1851, de la première Conférence sanitaire internationale, dont l'objectif était la constitution d'un « Code sanitaire officiel de la Méditerranée » rassemblant des dispositions sanitaires rationnelles rendues uniformes pour toutes les parties.

Après six mois de débats et de négociations, les vingt-quatre délégués apposèrent leur signature au bas d'une courte Convention sanitaire internationale dont l'article 2 imposait une importante obligation de transparence (qui existe encore aujourd'hui), l'autorité sanitaire du port de départ devant déclarer officiellement que la maladie existe à bord du navire en partance. En annexe, un Règlement sanitaire international contenant pas moins de 137 articles s'efforçait d'uniformiser les services sanitaires des différents pays. Mais seules la France et la Sardaigne ratifièrent le texte, qui n'entra donc en vigueur qu'entre les deux États et devint inopérant après que la Sardaigne l'eut finalement dénoncé.

Un regard sur l'histoire de la coopération sanitaire internationale est éclairant car il montre que la réaction à la pandémie de Covid-19 s'organise selon des paramètres qui n'ont pas été fondamentalement redéfinis depuis le milieu du XIX^e siècle alors que la donne a, quant à elle, considérablement changé.

Premier paramètre : les erreurs de jugement scientifique

Les procès-verbaux des réunions de la première Conférence sanitaire internationale révèlent des controverses et des désaccords entre les scientifiques, dont certains défendaient des positions dont l'inexactitude apparaît clairement aujourd'hui.

Ainsi, le délégué médecin autrichien, soutenu par la Sardaigne, la Grande-Bretagne et la France, se disait convaincu, à propos du choléra, de « l'inutilité complète des mesures les plus sévères », puisque cette maladie était selon lui « purement épidémique », c'est-à-dire – pour l'époque – non contagieuse (les maladies contagieuses étaient dénommées « maladies pestilentiellles »).

Nul doute que c'est en toute bonne foi et avec une conviction sincère que les médecins autrichien, sarde, britannique et français défendaient leur théorie. Ces errements passés invitent aujourd'hui à la modestie, au dialogue et au questionnement.

Deuxième paramètre : la tension entre coordination internationale et sauvegarde de la compétence nationale

L'échec de la première Conférence sanitaire internationale montre que les États ont toujours été tiraillés entre leur désir de coopérer pour lutter contre les maladies infectieuses et leur réticence à limiter leur compétence nationale dans ce domaine. Alors que la première conférence sanitaire internationale avait été réunie pour parvenir à un « droit sanitaire commun », le professeur Proust expliquait que les États refusèrent finalement de ratifier la Convention précisément parce que le Règlement qui y était annexé les assujettissait « à un système administratif uniforme ayant pour inconvénient grave de contrarier les habitudes propres à chaque pays ».

Ces réticences à l'harmonisation existent toujours aujourd'hui. À l'échelle de l'Union européenne, elles expliquent que la réponse aux maladies infectieuses continue de relever essentiellement de la compétence de chaque État membre, l'Union n'intervenant que pour « compléter les politiques nationales » (article 168 du TFUE).

Dans le cadre du Règlement sanitaire international, ces réticences expliquent pourquoi les États n'ont pas souhaité conférer au Directeur général de l'OMS un pouvoir plus important que celui d'émettre des recommandations (article 15 du RSI), qui n'ont pas de caractère obligatoire et que les États peuvent compléter par des mesures sanitaires supplémentaires que l'article 43 ne fait qu'encadrer sans les interdire.

Aussi n'est-il pas étonnant que la pandémie de Covid-19 ait vu les États réagir en ordre dispersé, exactement comme Adrien Proust le décrivait au XIX^e siècle, sans prendre le temps de la coordination et sans toujours accorder beaucoup d'attention aux recommandations du Directeur général de l'OMS.

D'ailleurs, le Comité d'urgence a consacré une partie de son avis du 30 janvier 2020 au rappel de ce que :

« En vertu de l'article 43 du RSI, les États Parties qui appliquent des mesures sanitaires supplémentaires entravant de manière significative le trafic international (refus d'entrée ou de sortie de voyageurs internationaux, de bagages, de cargaisons, de conteneurs, de moyens de transport, de marchandises et autres, ou mesure entraînant leur retard, pendant plus de 24 heures) sont tenus d'envoyer à l'OMS la justification et la raison de santé publique dans les 48 heures suivant leur application. L'OMS examinera la justification et pourra demander aux pays de reconsidérer leurs mesures. L'OMS est tenue de partager avec les autres États Parties les informations sur les mesures et les justifications reçues. »

On peut s'attendre à ce que ce « rappel au règlement » ne produise pas tous les résultats escomptés, tant les États ont pris l'habitude, depuis l'entrée en vigueur du RSI, d'ignorer largement l'article 43, encouragés en cela, il est vrai, par le manque de lisibilité d'un article « calqué » d'un peu trop près sur les dispositions de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) adopté dans le cadre de l'OMC – dont l'objectif est de faciliter le libre-échange –, et par les difficultés de l'OMS à assurer un suivi effectif de ces mesures supplémentaires.

Troisième paramètre : le coût économique de la transparence sanitaire

Au XIX^e siècle, le professeur Proust décrivait la « pression de l'intérêt commercial [qui] fai[sait] qu'on hésit[ait] à déclarer la maladie parce que l'on crai[gnaît] des mesures trop rigoureuses ». Aujourd'hui, alors que la durée du plus long voyage aérien est plus courte que la période d'incubation de n'importe quelle maladie, certains États hésitent encore à notifier promptement un événement infectieux, par crainte des conséquences économiques des mesures sanitaires que les autres États ne manqueront pas d'adopter (suspension des liaisons aériennes ou restriction aux importations de marchandises en cas de zoonose).

La pandémie de Covid-19 a malheureusement offert une nouvelle occasion d'observer ce phénomène : en dépit des termes dépourvus d'ambiguïté de l'article 6 du Règlement sanitaire international et de son annexe 2, la Chine aurait dans un premier temps cherché à étouffer l'information, ce qui est très certainement lié à des préoccupations économiques autant que politiques.

Quatrième paramètre : l'obsession de conciliation entre santé publique et liberté des échanges

Le dilemme a été très tôt formulé : comment se préserver de la propagation internationale des maladies infectieuses sans entraver les échanges internationaux ? En 1851, lors de la première conférence sanitaire internationale, le Dr Mélier, délégué de la France, présentait les choses ainsi :

« D'un côté, bien avant tout et au-dessus de tout, se présente la santé publique, ce premier intérêt, cet intérêt sacré, sacré comme la vie, inviolable comme elle, devant lequel tout s'incline, devant lequel tout autre intérêt, quelque grand qu'il soit, n'est et ne peut être qu'un intérêt secondaire et subordonné. De l'autre côté se place la liberté des communications, cet autre besoin des peuples, avec tout ce qui s'y rattache ou en découle, et cela à une époque de grande civilisation, d'échanges incessants, de rapports de plus en plus multipliés et rapides. La première, au nom de l'humanité, demande protection contre

les dangers qui la menacent ; la seconde, au nom du commerce et des relations, cherche à s'affranchir des restrictions qu'on lui oppose. Votre mission est de les concilier. »

Cette recherche de conciliation entre santé publique et liberté des échanges internationaux est à la base de toute la coopération sanitaire internationale du XIX^e siècle à nos jours. Le Règlement sanitaire international de 2005 ne poursuit pas d'autre objectif lorsqu'il indique en son article 2 que l'objet et la portée du Règlement « consistent à prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux ».

Or, on peut se demander si la sauvegarde des échanges internationaux ne serait pas devenue un dogme au point que, face à un événement infectieux inhabituel mais sur lequel les scientifiques manquent d'informations, elle aurait tendance à se voir systématiquement reconnaître la priorité.

Là encore, l'histoire est éclairante quant à l'importance accordée aux intérêts du commerce dans le dilemme santé publique/liberté des échanges. L'article 2 du programme de la première Conférence sanitaire internationale de 1851, rédigé par la France, indiquait que « les conférences dont il s'agit auront exclusivement pour objet [...] d'arriver, dans l'intérêt du commerce [...] à s'entendre ». L'Espagne s'étant offusquée de cette rédaction, la France s'était sentie obligée de rappeler que « le but essentiel » de la Conférence était « par-dessus tout » de s'occuper de la santé publique. La maladresse initiale peine cependant à faire oublier que la santé des personnes a toujours eu du mal à se faire la place qu'elle mériterait parmi les « valeurs » consacrées par le droit international.

Les avis émis sur le SARS-CoV-2 par l'OMS les 5, 10, 12, 14, 16, 17, 21 et 30 janvier 2020 sont très révélateurs à ce sujet. Dans chacun de ces avis, tout en reconnaissant que les informations disponibles étaient insuffisantes (et ne permettaient donc pas de procéder à une évaluation complète des risques), l'OMS a constamment déconseillé de restreindre les voyages et les échanges commerciaux avec les États ayant rapporté des cas.

Dans la même logique, il n'est pas étonnant que, dans son évaluation des risques réalisée le 17 janvier 2020, le Centre européen de contrôle des maladies (ECDC) ait été si peu directif sur la question du contrôle thermique des voyageurs aux points d'entrée. Après avoir énoncé que de telles mesures ne sont généralement pas considérées comme efficaces, surtout pour des symptômes courants et dans un contexte d'activité accrue de la grippe saisonnière, l'ECDC reconnaît que plusieurs cas exportés dans les pays asiatiques (notamment en Thaïlande) ont été détectés grâce à ces procédures instaurées dans les tous premiers jours de la crise, pour en conclure assez mollement que de telles mesures « may be considered » au sein de l'Union européenne.

Rien de très surprenant, enfin, à ce que dans le point presse du porte-parole du secrétaire général de l'ONU du 31 janvier 2020, l'annonce de la déclaration par le Directeur général de l'OMS d'une « urgence de santé publique de portée internationale » ait été *immédiatement* suivie de la précision selon laquelle « cette déclaration n'induit aucune restriction aux voyages et au commerce, compte tenu des informations disponibles ».

Ultérieurement, la périlleuse logique de conciliation ayant atteint son point de rupture, de nombreux États finirent par s'engouffrer, de façon assez caricaturale, dans un mouvement sans précédent de restriction aux échanges internationaux. Or, de telles mesures sont généralement considérées comme inutiles et contre-productives dès lors que le virus circule *déjà* sur le territoire national. Dans ses recommandations du 29 février 2020, l'OMS s'est résolue à proposer une synthèse maladroitement mais édifiante du problème :

« De manière générale, les données montrent que l'application de restrictions à la circulation de personnes ou de biens pendant les situations d'urgence sanitaire est inefficace dans la plupart des cas, et peut détourner des ressources qui pourraient être consacrées à d'autres interventions. [...] Cependant, dans certaines circonstances, des

mesures restreignant la circulation des personnes peuvent s'avérer temporairement utiles [...]. Les mesures relatives aux voyages qui entravent de manière importante le trafic international se justifient seulement au début d'une flambée épidémique, car elles permettent alors aux pays de gagner du temps, ne serait-ce que quelques jours, pour mettre rapidement en place des mesures de préparation efficaces. Ces restrictions doivent se fonder sur une évaluation attentive des risques, être proportionnées aux risques pour la santé publique, être de courte durée et être régulièrement réexaminées en fonction de l'évolution de la situation. »

Assez timidement, l'OMS semble donc avoir finalement reconnu que des limitations des échanges internationaux prises dès le début du mois de janvier n'auraient pas été dénuées d'utilité.

Conclusion : admettre que la donne a changé

À plusieurs égards, la réaction à la pandémie de Covid-19 s'organise selon les mêmes paramètres qu'au XIX^e siècle.

Une chose, pourtant, a fondamentalement changé aujourd'hui : la mondialisation a placé les États dans une relation d'interdépendance sans précédent, tant du point de vue économique que du point de vue sanitaire. Aussi le « pacte social sanitaire » inscrit dans le Règlement sanitaire international de 2005 est-il à la fois indispensable et particulièrement fragile.

Indispensable, parce que, comme prescrit à l'annexe 1 du RSI, chaque État doit protéger les autres en acquérant les capacités de surveillance, d'évaluation et de notification des événements sanitaires qui présentent un risque de propagation internationale. La pandémie de Covid-19 devrait conduire les États à redoubler d'efforts en la matière, afin d'éviter le risque du maillon faible, c'est-à-dire le risque qu'un seul État, parce qu'il n'est pas préparé, mette en péril la sécurité sanitaire du monde entier.

Mais ce pacte est particulièrement fragile, comme l'a révélé la pandémie de Covid-19, car il repose sur la confiance mutuelle et fait le pari risqué d'une conciliation possible entre protection de la santé publique et préservation des échanges internationaux. Dès lors, cette pandémie est peut-être le signal de ce qu'une partie de la solution est plus que jamais à rechercher du côté de la prévention. Dans cette perspective, une réflexion d'ampleur sur notre rapport à la nature et aux animaux semble s'imposer puisque les scientifiques expliquent que c'est à l'interface entre l'homme et l'environnement que surviennent les maladies émergentes et réémergentes dont le SRAS (lié à la Covid-19) n'est qu'une illustration. Cette réflexion devrait sans doute inclure une redéfinition de nos politiques d'urbanisation, la protection des forêts, des espèces sauvages et des milieux aquatiques, un nouveau modèle d'agriculture et une lutte efficace contre les changements climatiques qui modifient les aires de distribution des animaux vecteurs et réservoirs de maladies.

La tâche est immense, mais la pandémie de Covid-19 devrait inciter les États à s'engager dans cette voie.

Document n°8

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ – PANDÉMIE DE COVID-19

La flambée du nouveau coronavirus (2019-nCoV) constitue une urgence de santé publique de portée internationale (Rappel des faits jusqu'à la déclaration du Directeur général de l'OMS du 30 janvier 2020)

2020/2.38 - Depuis la fin de l'année 2019, un nouveau coronavirus (qui sera ultérieurement baptisé SARS-CoV-2) a provoqué une pandémie de maladie qui sera dénommée la COVID-19 et dont l'issue et les conséquences sont encore incertaines. Plutôt que de livrer une synthèse ou une analyse qui se révélerait prématurée, il a paru utile de donner quelques éléments de contexte et d'établir une chronologie permettant de retracer les réactions nationales, européennes et internationales face à l'apparition du phénomène. La présente chronologie couvre, au mieux des informations disponibles, la

période allant jusqu'au 30 janvier 2020, date à laquelle le Directeur général de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a déclaré que la flambée de nouveau coronavirus (2019-nCoV) constituait une urgence de santé publique de portée internationale (USPPI). Elle pourra être lue en regard de celle adressée par la Chine à l'Assemblée générale des Nations Unies (A/74/795) et de celle proposée par Paul Benkimoun, Frédéric Lemaître et Marie Bourreau (« Les liaisons dangereuses entre l'OMS et la Chine ont marqué la crise du coronavirus », *Le Monde*, 29 avril 2020, pp. 24-25).

17 novembre 2019 : d'après un rapport officiel consulté par le *South China Morning Post*, le premier cas d'une personne infectée par un virus inconnu aurait été détecté dans la ville de Wuhan, dans la province de Hubei (Chine) (*South China Morning Post*, 13 mars 2020).

12 décembre : la 33^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge se dit « gravement préoccupée par la menace que les épidémies et les pandémies font peser sur la santé, l'économie et la stabilité mondiales » (résolution 33IC/19/R3).

16 décembre : l'Assemblée générale des Nations Unies adopte une résolution dans laquelle elle insiste sur l'amélioration de la préparation aux épidémies et aux pandémies (A/RES/74/118).

30 décembre : le Dr Ai Fen, directrice du département des urgences de l'hôpital central de Wuhan, reçoit des résultats concernant un patient reçu le 27 décembre : « Coronavirus-SRAS. Transmission : par postillons à courte distance ou par le toucher ». Elle transmet ces informations à des collègues. Le Dr Li Wenliang, ophtalmologue, transfère ce message à plusieurs collègues avec la mention : « Sept cas de SRAS confirmés au marché de Huanan ». A 22h.20, le Dr Ai Fen reçoit un message de la Commission de la santé de Wuhan : « Il ne faut pas diffuser cette information au public. Si panique il y a, il faudra trouver le responsable » (*Le Monde*, 7 avril 2020, p. 3).

31 décembre : en application du Règlement sanitaire international (RSI) adopté en 2005, la Chine notifie à l'OMS un groupe de cas de pneumonie à Wuhan dont la cause est inconnue. Taïwan (qui n'est pas membre de l'OMS) impose des contrôles sanitaires à bord des avions en provenance de Wuhan et fait part à l'OMS de ses préoccupations concernant une possible transmission interhumaine (*Taiwan Info*, 3 janvier 2020).

1^{er} janvier 2020 : l'OMS demande plus d'informations aux autorités chinoises (<https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/fr/>) et met sur pied une équipe d'appui à la gestion des incidents aux trois niveaux de l'Organisation (Siège, bureaux régionaux et bureaux de pays) (<https://www.who.int/fr/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---covid-19>).

Le marché de gros de fruits de mer de Huanan, à Wuhan, est fermé.

Ayant évoqué la possibilité d'une transmission interhumaine du virus, le Dr Ai Fen est accusée de répandre de fausses rumeurs par le bureau de l'inspection de la discipline de l'hôpital où elle travaille (*Le Monde*, 7 avril 2020, p. 3).

3 janvier : la Thaïlande met en œuvre des mesures de dépistage pour les voyageurs en provenance de Wuhan (<https://www.who.int/csr/don/14-january-2020-novel-coronavirus-thailand/fr/>). Le Dr Li Wenliang est entendu par la police chinoise et doit rédiger son autocritique (*Le Monde*, 7 avril 2020, p. 3).

5 janvier : l'OMS publie son premier Bulletin d'information : « [d]'après les informations préliminaires fournies par l'équipe d'investigation chinoise, aucun élément n'atteste une transmission interhumaine significative ». Bien qu'elle dispose de « peu d'informations », l'OMS reconnaît que la situation « devrait inciter à la prudence ». Néanmoins, « [s]ur la base des informations données par les autorités nationales », l'OMS « ne recommande aucune mesure sanitaire spécifique pour les voyageurs » et « déconseille toute restriction des voyages et du commerce avec la Chine » (<https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/fr/>).

6 janvier : le US Centers for Disease Control and Prevention (CDC) publie un « Watch – Level 1 travel notice » (<https://wwwnc.cdc.gov/travel/notices/warning/coronavirus-global>).

8 janvier : le US CDC publie un « Health Advisory » dans le Health Alert Network (HAN). On peut y lire que « *local authorities have reported negative laboratory test results for (...) SARS-CoV* ». Le US CDC recommande notamment « *a cautious approach to symptomatic patients with a history of travel to Wuhan City* » (port du masque, examen porte fermée...) (HAN00424, https://emergency.cdc.gov/han/HAN00424.asp?deliveryName=USCDC_511-DM16877).

9 janvier : le Dr Xu Jianguo, de l'Académie chinoise d'ingénierie, annonce que, le 7 janvier, un nouveau coronavirus a été détecté en laboratoire et que son génome a fait l'objet d'un séquençage complet (<http://news.cctv.com/>). Ce virus est baptisé provisoirement « 2019 novel coronavirus (2019-nCoV) » (<http://ask.un.org/faq/281723>).

La Commission européenne notifie une alerte dans le Système d'alerte précoce et de réaction (SAPR), conformément à l'article 9 de la décision 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013. Sur la base de l'article 10, le Centre européen de contrôle des maladies (ECDC) publie son évaluation des risques. Il explique que « *[a]ccording to the Chinese authorities, no significant human-to-human transmission has been observed. No cases among healthcare workers have been reported (...). Chinese authorities have ruled out SARS-CoV* ». L'ECDC relève également que plusieurs régions et pays voisins de la Chine (Hong Kong, Malaisie, Philippines, Singapour, Taiwan, Thaïlande, Vietnam) appliquent des mesures de dépistage pour tous les voyageurs en provenance de Wuhan. Concernant plus spécifiquement l'Union européenne, l'ECDC souligne que l'aéroport de Wuhan offre des liaisons directes avec la France, l'Italie et le Royaume-Uni et il note que l'Italie et le Royaume-Uni ont pris certaines mesures.

Puis l'ECDC, tout en précisant que son évaluation des risques est rendue très incertaine par de nombreux inconnus, indique que « *given that there is no indication of human-to-human transmission, the risk to travellers is considered to be low. For the same reason, and since no cases have been detected outside of Wuhan, the likelihood of introduction to the EU is considered to be low, but cannot be excluded. Consequently, the risk of further spread within the EU should a case be identified is considered low to very low. / (...) the likelihood of nosocomial transmission is low* ».

Enfin, l'ECDC émet des conseils relatifs aux voyageurs et fait expressément référence à l'isolement des cas identifiés et à l'utilisation de mesures de protection personnelle appropriée, ainsi qu'à la bonne information des personnels de santé (« *Threat Assessment Brief: Pneumonia cases possibly associated with a novel coronavirus in Wuhan, China* », 9 January 2020, <https://www.ecdc.europa.eu/en/threats-and-outbreaks/reports-and-data/risk-assessments>).

10 janvier : premier avis de l'OMS concernant les voyages et les échanges commerciaux internationaux : « [d]'après les informations actuellement disponibles, l'enquête préliminaire suggère qu'il n'y a pas de transmission interhumaine significative (...). Il faudra davantage d'information ». L'OMS estime qu'il serait « prudent de réduire le risque général d'infection respiratoire aiguë lors de voyages à destination ou en provenance des zones touchées ». A cette fin, elle donne certaines consignes relatives aux voyages internationaux. Pour autant, « sur la base des informations actuellement disponibles sur cet événement, l'OMS déconseille d'appliquer à la Chine des restrictions aux voyages ou aux échanges commerciaux » (https://www.who.int/ith/20200901_outbreak_of_Pneumonia_caused_by_a_new_coronavirus_in_C/fr/).

Le même jour, la séquence du génome aurait été rendue publique auprès du Global Initiative on Sharing all Influenza Data (GISAID), permettant l'élaboration des outils de diagnostic (ECDC, « Rapid Risk Assessment: Cluster of pneumonia cases caused by a novel coronavirus, Wuhan, China », 17 January 2020, <https://www.ecdc.europa.eu/en/threats-and-outbreaks/reports-and-data/risk-assessments>).

12 janvier : après celui du 5 janvier, l'OMS publie son deuxième Bulletin d'information : le premier décès serait survenu le 9 janvier ; aucun autre cas n'a été détecté par la Chine depuis le 3 janvier ; la flambée serait associée à des expositions sur un marché aux poissons à Wuhan ; aucune infection n'est à déplorer parmi les agents de santé ; il n'y a pas de preuve évidente de transmission interhumaine. On y lit également que c'est le 12 janvier (et non pas le 10 janvier ?) que la Chine aurait publié la séquence du génome. L'OMS reconnaît que des informations supplémentaires sont nécessaires. Pour l'heure, elle « ne recommande aucune mesure sanitaire spécifique pour les voyageurs » et, « [s]ur la base des informations actuellement disponibles », elle « déconseille toute restriction des voyages et du commerce avec la Chine » (<https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/fr/>).

13 janvier : le coronavirus est évoqué pour la première fois dans le point presse quotidien du Bureau du Porte-parole du Secrétaire général de l'ONU (DBF200113).

L'Institut de virologie de l'hôpital universitaire de la Charité (Berlin) met au point et publie le premier test de dépistage du 2019-nCoV (https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/wuhan-virus-assay-v1991527e5122341d99287a1b17c111902.pdf?sfvrsn=d381fc88_2).

14 janvier : troisième Bulletin d'information de l'OMS indiquant que, la veille, la Thaïlande a notifié son premier cas d'infection par le 2019-nCoV, exporté de Wuhan par une Chinoise ayant pris un vol direct pour un voyage organisé. Celle-ci a déclaré ne pas s'être rendue sur le marché de Huanan. Son affection a été détectée grâce au dispositif de surveillance thermique de l'aéroport thaïlandais. L'OMS continue d'indiquer que « [s]ur la base des informations disponibles, il n'y a pas de preuve évidente de transmission interhumaine. Aucun autre cas n'a été détecté depuis le 3 janvier 2020 en Chine ». L'Organisation reconnaît néanmoins que « [d]es investigations supplémentaires doivent être menées » et elle donne des conseils afin de réduire le risque général de transmission à l'occasion d'un voyage international. Pour finir, « [s]ur la base des informations actuellement disponibles », l'OMS « déconseille toute restriction des voyages et du commerce avec la Thaïlande » (<https://www.who.int/csr/don/14-january-2020-novel-coronavirus-thailand/fr/>).

16 janvier : quatrième Bulletin d'information de l'OMS, où l'on peut lire qu'un deuxième cas d'infection au 2019-nCoV est signalé hors de Chine, par le Japon. La personne infectée (un Chinois d'une trentaine d'années, résidant au Japon) s'était rendue à Wuhan. L'OMS renvoie à ses conseils précédents et « encourage tous les pays à poursuivre leurs activités de préparation ». Mais, « [s]ur la base des informations actuellement disponibles », elle « déconseille toute restriction des voyages et du commerce » (<https://www.who.int/csr/don/16-january-2020-novel-coronavirus-japan-ex-china/fr/>).

17 janvier : le cinquième Bulletin d'information de l'OMS donne des précisions supplémentaires sur le cas signalé par le Japon et sur les mesures prises par cet Etat. L'Organisation précise ses conseils (<https://www.who.int/csr/don/17-january-2020-novel-coronavirus-japan-ex-china/fr/>).

Au sein de l'Union européenne, le Comité de sécurité sanitaire (CSS) tient sa première réunion. Il est présidé par la DG Santé de la Commission et réunit les représentants de 12 Etats membres, du Royaume-Uni, du Centre européen de contrôle des maladies (ECDC), de la DG Recherche et innovation et de l'OMS. L'ECDC y présente une actualisation de son évaluation des risques, accompagnée de possibles mesures de santé publique (« Rapid Risk Assessment: Cluster of pneumonia cases caused by a novel coronavirus, Wuhan, China », 17 January 2020, <https://www.ecdc.europa.eu/en/threats-and-outbreaks/reports-and-data/risk-assessments>). D'après cette évaluation des risques, « *person-to-person transmission may have occurred. In the absence of detailed information from the ongoing studies in China, it is impossible to quantify the potential of the 2019-nCoV for human-to-human transmission* ». Il est précisé à plusieurs reprises que certains risques (importation et propagation en Europe) ne sont pas exclus. Après avoir énoncé que le contrôle thermique des voyageurs aux points d'entrée n'est généralement pas considéré comme efficace, surtout pour des symptômes courants et dans un contexte d'activité accrue de la grippe saisonnière, l'ECDC relève que plusieurs pays le pratiquent (Hong Kong, Indonésie, Malaisie, Myanmar, Philippines, Russie, Singapour, Taïwan, Thaïlande et Vietnam). Il admet que plusieurs cas exportés dans ces pays ont été détectés grâce à ces procédures mises en place dans les tous premiers jours de la crise. L'ECDC en conclut que « *a targeted approach focusing on passengers from direct incoming flights may be considered* ». Il renvoie également à l'« operational checklist » qu'il avait élaborée en octobre 2019 pour se préparer à l'importation de cas de maladie infectieuse à haut risque.

En outre, parce que leurs aéroports offrent des liaisons directes avec Wuhan, la France, l'Italie et le Royaume-Uni sont invités à présenter les mesures qu'ils ont prises. On relèvera en particulier que le Royaume-Uni indique que « *in line with recommendations, there is no screening in place in the U.K.* » et l'Italie que « *[n]o restrictions on travel or trade regarding China are applied, according to WHO advice* ». Enfin, la DG Recherche et innovation soulève la question des initiatives de recherche lancées par les Etats membres sur ce virus (https://ec.europa.eu/health/hsc_covid19_fr).

18 janvier : un banquet réunit 40 000 familles de Wuhan.

20 janvier : le Dr Zhong Nanshan déclare à la télévision chinoise que la transmission interhumaine est « avérée » (*Le Monde* en ligne, 20 janvier 2020).

21 janvier : sixième Bulletin d'information de l'OMS, où l'on apprend que le quatrième cas exporté de Wuhan a été signalé par la République de Corée. L'Organisation estime « prudent de rappeler à la population et aux agents de santé les principes de base à appliquer ». Elle continue de ne recommander « aucune mesure sanitaire particulière concernant les voyageurs » et, « [s]ur la base des informations actuellement disponibles », elle « déconseille toute restrictions des voyages et du commerce avec la République de Corée » (<https://www.who.int/csr/don/21-january-2020-novel-coronavirus-republic-of-korea-ex-china/fr/>).

A partir de ce jour, l'OMS publie quotidiennement un rapport de situation (<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>).

22 janvier : après une visite à Wuhan les 20 et 21 janvier, une délégation de l'OMS déclare que les données collectées suggèrent qu'une transmission interhumaine a lieu dans cette ville et que plusieurs agents de santé ont été infectés (Mission summary: WHO Field Visit to Wuhan, China 20-21 January 2020, <https://www.who.int/china/news/detail/22-01-2020-field-visit-wuhan-china-jan-2020>).

Le Directeur général de l'OMS convoque le Comité d'urgence visé aux articles 48 et 49 du RSI (2005), afin qu'il donne son avis sur l'existence d'une urgence de santé publique de portée internationale (USPPI). Les membres du Comité d'urgence expriment « des vues divergentes », sur la base desquelles le Comité émet l'avis « que l'évènement ne constitu[e] pas une USPPI » tout en convenant « de l'urgence de la situation » (Déclaration sur la réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international (RSI) concernant la flambée de nouveau coronavirus (2019-nCoV), 23 janvier 2020).

A 20h, les autorités chinoises annoncent le confinement des 11 millions d'habitants de Wuhan et la fermeture de l'aéroport international de Wuhan-Tianhe, à compter du 23 janvier, à 10h. Entre-temps, cinq millions de personnes auraient quitté la ville (*Le Monde*, 7 avril 2020, p. 3).

Dans le cadre de l'Union européenne, le Comité de sécurité sanitaire (CSS) tient sa deuxième réunion. Le Centre européen de contrôle des maladies (ECDC) présente une nouvelle évaluation des risques (« *Rapid Risk Assessment: Outbreak of acute respiratory syndrome associated with a novel coronavirus, Wuhan, China; first update* », 22 January 2020, <https://www.ecdc.europa.eu/en/threats-and-outbreaks/reports-and-data/risk-assessments>). Il en ressort que les informations manquent mais qu'en l'état « *[t]he potential impact of 2019-nCoV outbreak is high* ». On y apprend également que l'Italie vérifie la présence de cas suspects à bord des vols directs en provenance de Wuhan. L'ECDC recommande que des mesures strictes de prévention et de contrôle des infections soient appliquées pour la gestion des personnes faisant l'objet d'investigations et des cas confirmés. Il recommande également que les passagers assis non loin d'un cas confirmé de 2019-nCoV ainsi que les membres d'équipage soient retracés et activement suivis pendant 14 jours.

Lors de cette réunion, la DG Recherche et innovation indique qu'elle envisage de développer un fonds d'urgence. Il est demandé aux Etats membres de fournir des informations sur leurs stocks et sur d'éventuelles pénuries. La Commission annonce qu'elle va notamment : se tourner vers l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA) et les opérateurs de vols aériens afin de partager les données relatives aux passagers ; fournir des lignes directrices pour le dépistage à l'entrée ; diffuser une enquête sur la préparation et les capacités disponibles (https://ec.europa.eu/health/hsc_covid19_fr).

23 janvier : à la demande du Directeur général de l'OMS, le Comité d'urgence se réunit à nouveau. Après que la Chine a présenté de nouvelles informations, la transmission interhumaine du virus et son taux de reproduction de base sont considérés comme étant « d'importance majeure » par les membres du Comité. Néanmoins, « [p]lusieurs membres du Comité ont considéré qu'il est encore trop tôt pour déclarer une USPPi, compte tenu de son caractère restrictif et binaire ». Il ressort de l'avis détaillé du Comité que le fait qu'il ne recommande pas la déclaration d'une USPPi ne signifie pas que la situation ne soit pas préoccupante, ce qui justifierait selon lui l'établissement d'un niveau d'alerte intermédiaire. Par ailleurs, le Comité s'appuie sur le RSI (2005) pour rappeler aux pays qu'ils doivent communiquer leurs informations à l'OMS. Il ajoute une référence inhabituelle à l'article 44 du Règlement pour appeler la communauté internationale à la solidarité et à la coopération (« Déclaration sur la réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international (RSI) concernant la flambée de nouveau coronavirus (2019-nCoV) », 23 janvier 2020). Sur la base de cet avis, le Directeur général de l'OMS annonce qu'il ne déclare pas l'USPPi. Il avertit cependant qu'il s'agit d'une urgence en Chine et qu'elle pourrait devenir une urgence sanitaire de portée internationale « Déclaration du Directeur général de l'OMS sur les recommandations du Comité d'urgence du RSI sur le nouveau coronavirus », 23 janvier 2020.

24 janvier : les premiers cas d'infection au virus 2019-nCoV sont signalés dans la Région européenne de l'OMS. Ils sont notifiés par la France et concernent trois personnes en provenance de Wuhan (<http://www.euro.who.int/fr/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/01/2019-ncov-outbreak-first-cases-confirmed-in-europe>).

L'OMS met à jour son avis du 10 janvier concernant le transport international. Elle souligne à nouveau le manque de connaissance quant aux caractéristiques épidémiologiques du 2019-nCoV. Pour autant, elle reconnaît que « *human-to-human transmission has been confirmed largely* ». Dès lors, tout en continuant de recommander, sur la base des informations disponibles, de ne pas restreindre les voyages internationaux, l'Organisation publie des conseils substantiellement différents des conseils précédents. En particulier, elle invite la Chine à pratiquer le dépistage dans les ports et aéroports internationaux, ainsi qu'au niveau des aéroports, gares ferroviaires et gares routières nationales. À l'intention des pays dans lesquels le 2019-nCoV ne s'est pas encore transmis, elle fait remarquer que, si le dépistage à l'entrée fait preuve d'une efficacité incertaine et peut nécessiter des investissements importants, la majorité des cas exportés ont été détectés de cette manière. Elle prend le soin de préciser que les mesures doivent être appliquées en évitant les restrictions inutiles au trafic international (<https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-advice-for-international-traffic-in-relation-to-the-outbreak-of-the-novel-coronavirus-2019-ncov-24-jan>).

25 janvier : la province de Hubei est confinée (60 millions d'habitants).

26 janvier : le Centre européen de contrôle des maladies (ECDC) publie une mise à jour de son évaluation des risques, où l'on apprend que des cas ont été rapportés par la Chine, l'Australie, le Canada, la Corée du Sud, les États-Unis d'Amérique, la France, le Japon, la Malaisie, le Népal, Singapour, Taiwan, la Thaïlande et le Vietnam. Tous les cas rapportés en dehors de la Chine (sauf un) présentaient un historique récent de voyage dans cet État. Plusieurs pays ont mis en place un dépistage à l'entrée pour tous les voyageurs en provenance de Wuhan (États-Unis d'Amérique, Hong Kong, Inde,

Indonésie, Malaisie, Myanmar, Philippines, Russie, Singapour, Taiwan, Thaïlande et Vietnam). L'ECDC continue d'indiquer qu'un dépistage ciblé sur les passagers des vols directs en provenance des zones touchées peut être envisagé. Il donne également des conseils relatifs à la recherche des contacts (« Rapid Risk Assessment: Outbreak of acute respiratory syndrome associated with a novel coronavirus, China; First cases imported in the EU/EEA; second update », 26 January 2020, <https://www.ecdc.europa.eu/en/threats-and-outbreaks/reports-and-data/risk-assessments>).

27 janvier : l'avis de l'OMS du 10 janvier concernant le transport international est actualisé dans une version française qui n'est pas parfaitement identique à la version anglaise du 24 janvier (https://www.who.int/ith/2019-nCoV_advice_for_international_traffic/fr/).

Lors de la troisième réunion du Comité de sécurité sanitaire (CSS) de l'Union européenne, la Commission indique que « [p]reliminary assessment by SANTE of the information provided by EU Member States indicates a strong level of preparedness, but there are still a number of gaps ». Elle ajoute qu'en réponse à sa demande du 22 janvier concernant l'état des stocks, « [c]ountries did not indicate any support or needs for additional personal protective equipment stock », ce qui ne manque pas, ex post, d'interpeler. Puis l'ECDC renvoie à son évaluation des risques mise à jour le 26 janvier. Il reconnaît à nouveau que l'insuffisance du partage des données épidémiologiques rend difficile l'évaluation des risques. La Belgique demande que la question du rapatriement des citoyens de l'Union fasse l'objet d'une réponse coordonnée au niveau de l'Union. La Commission précise que le Mécanisme de protection civile de l'Union (décision n° 1313/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013) peut être utilisé à cette fin. L'Italie suggère d'organiser une réunion du Conseil sur la question de la flambée (https://ec.europa.eu/health/hsc_covid19_fr).

28 janvier : après que le groupe des Amis de la présidence (croate) du Conseil de l'Union européenne se fut réuni la veille, le Président du Conseil active le mode « partage de l'information » du Dispositif intégré de l'Union européenne pour une réaction au niveau politique dans les situations de crise (IPCR) (décision d'exécution (UE) 2018/1993 du Conseil du 11 décembre 2018).

Le même jour, la Présidente de la Commission active la phase II du système général européen d'alerte rapide (ARGUS) (COM(2005) 662 final). Dès lors, le Comité de coordination de crise (CCC), présidé par le commissaire Janez Lenarčič, suit l'évolution de la situation, recense les problèmes et les solutions en vue de prendre des décisions et des mesures, veille à l'exécution de ces dernières et assure la cohérence de l'intervention de la Commission.

Enfin, le Mécanisme de protection civile de l'Union est activé à la demande de la France, pour assurer le rapatriement de citoyens de l'UE.

30 janvier : le Directeur général de l'OMS convoque à nouveau le Comité d'urgence. Les formules de courtoisie à l'égard de la Chine – il est vrai un peu artificielles et en rupture de style – ont sans doute vocation à ménager la susceptibilité d'un Etat dont la coopération continue est cruciale pour la protection de la santé publique mondiale. Elles ne doivent pas occulter la substance de l'avis très fourni et à large spectre du Comité d'urgence, ce dernier n'hésitant pas à assortir ses recommandations scientifiques de considérations juridiques intéressantes. Ainsi, le Comité recommande à l'OMS de « continuer à étudier l'opportunité de créer un niveau d'alerte intermédiaire entre la

déclaration ou non d'une USPPI, d'une manière qui ne nécessite pas la réouverture des négociations sur le texte du RSI (2005) ». Il insère également quelques références inhabituelles à certaines dispositions spécifiques du RSI, tel l'article 3 (éviter la stigmatisation et la discrimination), l'article 43 (les mesures supplémentaires non recommandées par l'OMS doivent être notifiées à l'Organisation dans les 48h et accompagnées d'une justification) et l'article 44 (solidarité et coopération interétatique).

A ce stade, si le Comité pense « qu'il est encore possible d'interrompre la propagation du virus, pour autant que les pays prennent des mesures fortes », il estime que « la flambée épidémique remplit désormais les critères d'une USPPI ». Il propose donc au Directeur général d'adopter une liste de recommandations temporaires, en excluant expressément, « [s]ur la base des informations actuellement disponibles », la restriction des voyages et des échanges commerciaux.

Sur la base cet avis, le Directeur général déclare que la flambée épidémique due au 2019-nCoV constitue une urgence de santé publique de portée internationale et transforme l'avis du Comité en recommandations temporaires au titre de l'article 15 du RSI (2005) (« Déclaration sur la deuxième réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international (2005) concernant la flambée de nouveau coronavirus 2019 (2019-nCoV) », 30 janvier 2020). Depuis l'entrée en vigueur du Règlement, c'est la sixième fois que l'OMS déclare une USPPI.

H.D.P.

TRAVAUX DIRIGES
DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
Chargés de travaux dirigés : Mme Victoria Bellami & M. Olivier Pedebay

SEANCE 3 : LES RESERVES AUX TRAITES
--

Documents :

- 1) CDI, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, 2011 (extraits).
- 2) CIJ, *Affaire « des activités armées sur le territoire du Congo » (nouvelle requête 2002) (République démocratique du Congo c/ Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 3 février 2006 (extraits).
- 3) Cour EDH, *Affaire « Belilos c. Suisse »*, req. n° 10328/83, arrêt du 26 avril 1988 (extraits).
- 4) Comité des droits de l'homme (CDH), *Affaire « T.K. c. France »*, décision du 8 novembre 1989, comm. n° 220/1987 (extraits).
- 5) CDH, Observation Générale n° 24 du Comité des droits de l'homme du 2 novembre 1994 : « Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte » (extraits).
- 6) CDH, *Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, décision du 2 novembre 1999, comm. n° 845/1999 (extraits).

Lectures conseillées :

Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, Résolution A/RES/68/111 du 19 décembre 2013, *Les réserves aux traités*.

S. CASSELLA, « Le guide de la pratique sur les réserves aux traités : une nouvelle forme de codification ? », *AFDI*, vol. 58, 2012, pp. 29-60. (En ligne <http://www.persee.fr/collection/afdi>).

SFDI/CEDIN, *Actualité des réserves aux traités – Journées d'études de Nanterre*, Paris, Pedone, 2014, 190 p.

Exercice :
Cas pratique

Cas pratique

Le Pakistan est un Etat d'Asie, qui a ratifié le Pacte international sur les droits civils et politiques le 23 juin 2010. Lors de la ratification, le gouvernement du Pakistan a énoncé une réserve à l'article 25 du Pacte :

« La République islamique du Pakistan déclare que les articles 3 et 25, [...] s'appliquent dans la mesure où ils ne sont pas contraires à la Constitution du Pakistan et à la Charia ».

Le 20 septembre 2011, le gouvernement du Pakistan a décidé de modifier la réserve susmentionnée :

« Article 25

Le Gouvernement de la République islamique du Pakistan dispose que l'application de l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques sera assujettie au principe prévu au paragraphe 2 de l'article 41 et au paragraphe 3 de l'article 91 de la Constitution du Pakistan ».

En 2017, lors de l'examen du rapport périodique présenté par le Pakistan, le Comité des droits de l'homme a regretté que le Pakistan ait conservé une réserve à l'article 25 du Pacte limitant son application en le subordonnant à la Constitution Pakistanaise.

Lors du dialogue avec le Comité des droits de l'homme, le chef de la délégation, ministre de la justice pakistanaise, a, alors, promis qu'une réflexion serait menée afin de procéder à une nouvelle modification de la réserve à l'article 25 du Pacte.

Le Ministre des affaires étrangères du Pakistan vous sollicite afin que vous lui indiquiez :

- 1) *Si les déclarations du 23 juin 2010 et du 20 septembre 2011 peuvent effectivement être qualifiées de réserves au regard du droit international ;*
- 2) *A partir de quand la modification opérée à la réserve à l'article 25 du Pacte est applicable ;*
- 3) *Si la réserve à l'article 25 du Pacte, telle que modifiée, est valide.*

Bonus :

La déclaration énoncée par le chef de la délégation lors du dialogue avec le Comité des droits de l'homme a-t-elle un effet sur la réserve à l'article 25 du Pacte ?

Annexes :

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (extrait)

Article 25

Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

- a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ;
- b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ;
- c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

Constitution du Pakistan (extraits)

Article 41. The President

- (1) There shall be a President of Pakistan who shall be the Head of State and shall represent the unity of the Republic.
- (2) A person shall not be qualified for election as President unless he is a Muslim of not less than forty-five years of age and is qualified to be elected as member of the National Assembly.
- (3) The President shall be elected in accordance with the provisions of the Second Schedule by the members of an electoral college consisting of:
 - (a) the members of both Houses; and
 - (b) the members of the Provincial Assemblies.
- (4) Election to the office of President shall be held not earlier than sixty days and not later than thirty days before the expiration of the term of the President in office:

Provided that, if the election cannot be held within the period aforesaid because the National Assembly is dissolved, it shall be held within thirty days of the general election to the Assembly.

- (5) An election to fill a vacancy in the office of President shall be held not later than thirty days from the occurrence of the vacancy:

Provided that, if the election cannot be held within the period aforesaid because the National Assembly is dissolved, it shall be held within thirty days of the general election to the Assembly.

- (6) The validity of the election of the President shall not be called in question by or before any court or other authority.

Article 91. The Cabinet

- (1) There shall be a Cabinet of Ministers, with the Prime Minister at its head, to aid and advise the President in the exercise of his functions.
- (2) The National Assembly shall meet on the twenty-first day following the day on which a general election to the Assembly is held, unless sooner summoned by the President.
- (3) After the election of the Speaker and the Deputy Speaker, the National Assembly shall, to the exclusion of any other business, proceed to elect without debate one of its Muslim members to be the Prime Minister.
- (4) The Prime Minister shall be elected by the votes of the majority of the total membership of the National Assembly [...]
- (10) Nothing in this Article shall be construed as disqualifying the Prime Minister or any other Minister or a Minister of State for continuing in office during any period during which the National Assembly stands dissolved, or as preventing the appointment of any person as Prime Minister or other Minister or a Minister of State during any such period.

Document n°1 - CDI, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, 2011

1.3 Distinction entre réserves et déclarations interprétatives

La qualification d'une déclaration unilatérale comme réserve ou déclaration interprétative est déterminée par l'effet juridique que son auteur vise à produire.

1.3.1 Méthode de détermination de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives

Pour déterminer si une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au sujet d'un traité est une réserve ou une déclaration interprétative, il convient d'interpréter cette déclaration de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, en vue d'en dégager l'intention de son auteur, à la lumière du traité sur lequel elle porte.

1.3.2 Libellé et désignation

Le libellé ou la désignation d'une déclaration unilatérale constitue un indice de l'effet juridique visé.

1.3.3 Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite

Lorsqu'un traité interdit les réserves à l'ensemble de ses dispositions ou à certaines d'entre elles, une déclaration unilatérale formulée à leur sujet par un État ou une organisation internationale est présumée ne pas constituer une réserve. Une telle déclaration constitue néanmoins une réserve si elle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers dans leur application à son auteur. (...)

3.2 Appréciation de la validité substantielle des réserves

Dans le cadre de leurs compétences respectives, peuvent apprécier la validité substantielle de réserves à un traité formulées par un État ou une organisation internationale:

Les États contractants ou les organisations contractantes; Les organes de règlement des différends; et Les organes de contrôle de l'application du traité.

3.2.1 Compétence des organes de contrôle de l'application de traités en matière d'appréciation de la validité substantielle d'une réserve

1. En vue de s'acquitter des fonctions dont il est chargé, un organe de contrôle de l'application d'un traité peut apprécier la validité substantielle des réserves formulées par un État ou une organisation internationale.

2. L'appréciation faite par un tel organe dans l'exercice de cette compétence n'a pas davantage d'effets juridiques que ceux de l'acte qui la contient.

3.2.2 Détermination de la compétence des organes de contrôle de l'application de traités en matière d'appréciation de la validité substantielle des réserves

Lorsqu'ils confèrent à des organes la compétence de contrôler l'application d'un traité, les États ou les organisations internationales devraient préciser, le cas échéant, la nature et les limites des compétences de ces organes en matière d'appréciation de la validité substantielle des réserves.

3.2.3 Prise en considération de l'appréciation des organes de contrôle de l'application de traités

Les États et les organisations internationales qui ont formulé des réserves à un traité instituant un organe de contrôle de son application doivent tenir compte de l'appréciation par celui-ci de la validité substantielle des réserves.

3.2.4 Instances compétentes pour apprécier la validité substantielle des réserves en cas de création d'un organe de contrôle de l'application d'un traité

Lorsqu'un traité crée un organe de contrôle de son application, la compétence de cet organe est sans préjudice de la compétence des États contractants et des organisations contractantes pour apprécier la validité substantielle de réserves à un traité, et de celle des organes de règlement des différends compétents pour interpréter ou appliquer le traité.

3.2.5 Compétence des organes de règlement des différends pour apprécier la validité substantielle des réserves

Lorsqu'un organe de règlement des différends est compétent pour adopter des décisions obligatoires pour les parties à un différend et que l'appréciation de la validité substantielle d'une réserve est nécessaire pour qu'il puisse s'acquitter de cette compétence, cette appréciation s'impose juridiquement aux parties en tant qu'élément de la décision.

Document n°3 - CIJ, Affaire « des activités armées sur le territoire du Congo » (nouvelle requête 2002) (République démocratique du Congo c/ Rwanda), compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 3 février 2006

56. Aux fins de démontrer l'absence de validité de la réserve du Rwanda, la RDC soutient que la convention sur le génocide a « force de la loi générale à l'égard de tous les Etats », y compris le Rwanda, dans la mesure où elle contient des normes ressortissant au jus cogens. A l'audience, la RDC a précisé que, « dans l'esprit de l'article 53 de la convention de Vienne », la réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide est nulle et de nul effet car elle vise « à empêcher la Cour ... de réaliser son noble devoir de protéger les normes impératives ».

Le fait que la RDC n'ait pas présenté d'objection à cette réserve n'aurait donc aucune incidence en l'espèce.

57. La RDC soutient également que la réserve formulée par le Rwanda est incompatible avec l'objet et le but de la convention car « elle a pour effet d'exclure le Rwanda de tout mécanisme de contrôle et de poursuite pour faits de génocide, alors que l'objet et le but de la convention consistent précisément dans l'éradication de l'impunité de cette grave atteinte au droit international ».

58. La RDC fait par ailleurs observer que la réserve rwandaise est dépourvue de pertinence compte tenu de l'évolution subie depuis 1948 par le droit international en matière de génocide, qui témoigne d'une « volonté de la communauté internationale en faveur de l'effectivité de la convention », et qui trouve son illustration dans l'article 120 du Statut de la Cour pénale internationale qui n'admet aucune réserve, ainsi que dans la reconnaissance du caractère de jus cogens à l'interdiction du génocide par la doctrine et par la jurisprudence récentes.

59. La RDC allègue enfin que, quand bien même la Cour rejetterait l'argument relatif au caractère impératif des normes contenues dans la convention sur le génocide, elle ne saurait permettre au Rwanda de se comporter de façon contradictoire, c'est-à-dire de demander au Conseil de sécurité des Nations Unies l'institution d'un tribunal pénal international pour juger les auteurs du génocide commis à l'encontre du peuple rwandais, et de refuser par ailleurs que soient jugés les auteurs d'un génocide dès lors que ces derniers sont des ressortissants rwandais ou que les victimes de ce génocide ne sont pas rwandaises. (...)

66. La Cour relève cependant qu'elle a déjà conclu que les réserves ne sont pas interdites par la convention sur le génocide (avis consultatif sur les Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951, p. 22 et suiv.). Cette situation juridique n'est en rien affectée par le fait que le Statut de la Cour pénale internationale, en son article 120, n'admette aucune réserve audit Statut, pas même aux dispositions relatives à la compétence de la Cour pénale internationale à l'égard du crime de génocide. Aussi, de l'avis de la Cour, une réserve à la convention sur le génocide serait permise pour autant que cette réserve ne soit pas incompatible avec l'objet et le but de la convention.

67. La réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide porte sur la compétence de la Cour et n'affecte pas les obligations de fond qui découlent de cette convention s'agissant des actes de génocide eux-mêmes. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour ne peut conclure que la réserve du Rwanda, qui vise à exclure un moyen particulier de régler un différend relatif à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la convention, doit être regardée comme incompatible avec l'objet et le but de cette convention.

68. De fait, la Cour a déjà eu l'occasion, par le passé, de donner effet à de telles réserves à l'article IX de la convention (voir Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 772, par. 32-33 ; Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 924, par. 24-25). S'agissant du droit des traités, la Cour notera par ailleurs que,

lorsque le Rwanda a adhéré à la convention sur le génocide et a formulé la réserve en question, la RDC n'y a pas fait objection.

69. Dans la mesure où la RDC a en outre soutenu que la réserve du Rwanda est en conflit avec une norme impérative du droit international général, il suffit à la Cour de constater qu'il n'existe actuellement aucune norme de cette nature qui imposerait à un Etat de consentir à la compétence de la Cour pour régler un différend relatif à la convention sur le génocide. La réserve du Rwanda ne saurait donc être regardée comme dépourvue d'effets juridiques sur une telle base.

70. La Cour conclut de ce qui précède que, eu égard à la réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide, cette disposition ne saurait constituer une base de compétence de la Cour dans la présente espèce. »

Document n°4 - Cour EDH, Affaire « Belilos c. Suisse », req. n° 10328/83, arrêt du 26 avril 1988

I. SUR L'EXCEPTION PRELIMINAIRE DU GOUVERNEMENT

38. Par voie d'exception préliminaire, le Gouvernement plaide l'incompatibilité de la requête de Mme Belilos avec les engagements internationaux assumés par la Suisse au titre de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention. Il invoque la déclaration interprétative formulée lors du dépôt de l'instrument de ratification et ainsi libellée:

"Pour le Conseil fédéral suisse, la garantie d'un procès équitable figurant à l'article 6, paragraphe 1 (art. 6-1), de la Convention, en ce qui concerne soit les contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil, soit le bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre la personne en cause, vise uniquement à assurer un contrôle judiciaire final des actes ou décisions de l'autorité publique qui touchent à de tels droits ou obligations ou à l'examen du bien-fondé d'une telle accusation."

A ses yeux, la Commission aurait dû décliner sa compétence car la requête portait sur un droit non reconnu par la Suisse.

39. La Cour examinera la nature de la déclaration litigieuse puis, le cas échéant, sa validité au regard de l'article 64 (art. 64) de la Convention, aux termes duquel

"1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la (...) Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article (art. 64).

2. Toute réserve émise conformément au présent article (art. 64) comporte un bref exposé de la loi en cause."

A. Sur la nature de la déclaration

40. D'après la requérante, on ne saurait assimiler ladite déclaration à une réserve. En ratifiant la Convention, la Suisse a formulé deux "réserves" et deux "déclarations interprétatives"; elle aurait adopté de la sorte une terminologie ne devant rien au hasard. Une réserve entraînerait l'inapplicabilité de la Convention sur un point particulier; au contraire, une déclaration n'aurait qu'un caractère provisoire, dans l'attente d'une décision des organes de Strasbourg. En outre, lorsqu'il a en 1982 annoncé le retrait de la réserve à l'article 5 (art. 5), le département fédéral des Affaires étrangères a précisé qu'il en subsistait une seule, concernant la publicité des audiences et des jugements. Ayant opéré la distinction en pleine connaissance de cause, la Suisse ne saurait s'en écarter aujourd'hui.

41. La Commission aboutit elle aussi à la conclusion qu'il s'agit d'"une déclaration interprétative simple qui n'a pas la valeur d'une réserve" (rapport, § 102); elle s'appuie tant sur le libellé du texte en cause que sur les travaux préparatoires. Ces derniers montreraient que la Suisse entendait répondre à la situation créée par l'arrêt de la Cour, du 16 juillet 1971, en l'affaire Ringeisen (série A n° 13), c'est-à-dire pour des procédures administratives touchant à des droits de caractère civil; en revanche, ils ne

fourniraient aucune indication sur la manière dont on pourrait appliquer la déclaration comme une réserve dans des procédures pénales. Plus généralement, la Commission estime que si un État formule en même temps des réserves et des déclarations interprétatives, les secondes ne peuvent être assimilées aux premières qu'à titre exceptionnel.

42. Selon le Gouvernement au contraire, on se trouve en présence d'une déclaration interprétative "qualifiée". Elle revêtirait par conséquent la nature d'une réserve au sens de l'article 2 § 1 d) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, aux termes duquel

"l'expression 'réserve' s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État."

43. Le but de la déclaration constitue le premier des éléments invoqués par le Gouvernement. Il consisterait à mettre à l'abri les procédures qui, dans le champ d'application "civil" ou "pénal" de l'article 6 § 1 (art. 6-1), se déroulent d'abord devant des autorités administratives, de sorte que le ou les tribunaux appelés à intervenir sur recours ne revoient pas ou pas complètement les faits. La déclaration traduirait ainsi la volonté de respecter les particularismes cantonaux, reconnus par la Constitution fédérale, en matière de procédure et d'administration de la justice. Elle représenterait en même temps une "réaction" à l'arrêt Ringeisen précité.

L'argument recoupe celui qui se fonde sur les travaux préparatoires, question que la Cour abordera ultérieurement (paragraphe 48 ci-dessous).

44. Un deuxième aspect tient, selon le Gouvernement, au texte de la déclaration, lequel revêtirait manifestement un caractère restrictif.

La Cour admet que le libellé français original, bien que n'offrant pas une entière clarté, peut se comprendre comme une réserve.

45. Pour démontrer que la déclaration en cause s'analyse en une réserve, le Gouvernement invoque ensuite l'identité de traitement des réserves et déclarations interprétatives suisses dans leur justification, leur formulation et leur inclusion dans l'arrêté fédéral d'approbation adopté le 3 octobre 1974 par l'Assemblée fédérale (paragraphe 33 ci-dessus). La même procédure aurait été observée lors du dépôt de l'instrument de ratification (paragraphe 28 ci-dessus).

Pareille thèse ne convainc pas la Cour. Que l'émission des déclarations interprétatives coïncide avec celle des réserves, c'est-à-dire ait lieu lors de la signature de la Convention ou du dépôt de l'instrument de ratification (article 64) (art. 64), correspond à une pratique normale. On ne saurait donc s'étonner que les deux séries de textes, quand bien même ils diffèreraient par leur nature juridique, aient figuré dans un acte parlementaire unique puis dans un seul instrument de ratification.

46. Le Gouvernement se prévaut en outre de la pratique suisse en matière de réserves et de déclarations interprétatives: elle n'userait pas de critères absolus pour distinguer entre les deux concepts. En cas de doute sur le sens réel d'une clause conventionnelle, par exemple à défaut de jurisprudence bien établie, le Conseil fédéral préconiserait la formulation d'une déclaration interprétative qui tendrait à modifier, le cas échéant, l'effet juridique de ladite clause. En l'occurrence, les deux déclarations de la Suisse auraient la même portée que les réserves; elles constitueraient des déclarations qualifiées et non des déclarations simples.

La pratique suivie dans le système de la Convention se caractériserait, elle aussi, par la diversité des usages terminologiques. Une telle situation n'aurait pas de quoi surprendre: les traités internationaux ne réglementaient pas de manière spécifique, du moins jusqu'à une période récente, l'emploi de déclarations; aujourd'hui encore, le droit international range sous le concept générique de "réserve" toute déclaration unilatérale destinée à exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité à l'égard de l'État réservataire.

La Cour n'aperçoit pas en quoi pareil défaut d'uniformité - bien qu'il illustre la relativité de la distinction - permettrait à lui seul de qualifier de réserve la déclaration litigieuse.

47. Le Gouvernement tire un argument supplémentaire de l'absence de réaction du Secrétaire général du Conseil de l'Europe et des États parties à la Convention.

Le Secrétaire général a notifié sans commentaire aux États membres du Conseil de l'Europe les réserves et déclarations interprétatives contenues dans l'instrument de ratification de la Suisse. Or en sa qualité de dépositaire doté de prérogatives importantes, il aurait la faculté de solliciter des précisions et d'exprimer des remarques au sujet des instruments qu'il reçoit, comme il l'aurait montré dans le cas de la déclaration souscrite le 28 janvier 1987 par le gouvernement turc en vertu de l'article 25 (art. 25). En ce qui concerne ses réserves et déclarations interprétatives, la Suisse avait, à l'époque de leur élaboration, procédé auprès de la direction des affaires juridiques du Conseil de l'Europe à des sondages approfondis pour s'assurer de l'absence d'objection du Secrétaire général.

Quant aux États parties, ils n'ont pas jugé utile de demander à la Suisse des explications sur la déclaration litigieuse. Ils l'auraient donc estimée admissible comme réserve sur le terrain de l'article 64 (art. 64) ou du droit international général. Le gouvernement suisse en déduit qu'il pouvait de bonne foi la croire tacitement acceptée aux fins de l'article 64 (art. 64).

La Cour ne souscrit pas à cette analyse: le silence du dépositaire et des États contractants ne prive pas les organes de la Convention de leur pouvoir d'appréciation.

48. En dernier lieu, le Gouvernement insiste sur les travaux préparatoires de la déclaration. Il leur prête une importance déterminante, de même que la Commission et le Comité des Ministres l'auraient fait au sujet de la requête Temeltasch contre Suisse (n° 9116/80, rapport du 5 mai 1982 et résolution DH (83) 6, Décisions et rapports n° 31, pp. 120-137). Il se réfère notamment à deux documents adressés par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale et relatifs à la Convention: le rapport complémentaire du 23 février 1972 et le message du 4 mars 1974 (paragraphes 31-32 ci-dessus).

Avec la Commission et le Gouvernement, la Cour reconnaît la nécessité de rechercher quelle était l'intention de l'auteur de la déclaration. A ses yeux, ces documents révèlent que la Suisse a songé à une réserve formelle mais a opté plus tard pour le terme de déclaration. S'ils n'expliquent pas avec une entière clarté le changement de dénomination, ils attestent que le Conseil fédéral a toujours éprouvé un souci: éviter les incidences d'une conception extensive du droit d'accès aux tribunaux - illustrée par l'arrêt Ringeisen - sur l'organisation administrative et judiciaire des cantons; par voie de conséquence, présenter le texte litigieux comme un des éléments du consentement de la Suisse à être liée par la Convention.

49. La question de savoir s'il faut considérer comme une "réserve" une déclaration qualifiée d'"interprétative" apparaît difficile, notamment, en l'espèce, parce que le gouvernement helvétique a formulé dans un même instrument de ratification aussi bien des "réserves" que des "déclarations interprétatives". Plus généralement, la Cour reconnaît la grande importance, soulignée à juste titre par le Gouvernement, du problème du régime juridique applicable aux réserves et déclarations interprétatives des États parties à la Convention. Celle-ci ne mentionne que les réserves, mais on constate que plusieurs États ont émis aussi ou uniquement des déclarations interprétatives, sans établir toujours entre les unes et les autres une nette distinction.

Pour dégager la nature juridique d'une telle "déclaration", il y a lieu de regarder au-delà du seul intitulé et de s'attacher à cerner le contenu matériel. En l'occurrence, il s'avère que la Suisse entendait soustraire à l'empire de l'article 6 § 1 (art. 6-1) certaines catégories de litiges et se prémunir contre une interprétation, à son sens trop large, de ce dernier. Or la Cour doit veiller à éviter que les obligations découlant de la Convention ne subissent des restrictions qui ne répondraient pas aux exigences de l'article 64 (art. 64), relatif aux réserves. Partant, elle examinera sous l'angle de cette disposition, comme dans le cas d'une réserve, la validité de la déclaration interprétative dont il s'agit.

B. Sur la validité de la déclaration

1. Sur la compétence de la Cour

50. La compétence de la Cour pour apprécier au regard de l'article 64 (art. 64) la validité d'une réserve ou, s'il échet, d'une déclaration interprétative n'a pas prêté à contestation en l'occurrence. Elle ressort tant des articles 45 et 49 (art. 45, art. 49) de la Convention, cités par le Gouvernement, que de l'article 19 (art. 19) et de la jurisprudence de la Cour (voir, en dernier lieu, l'arrêt Ettl et autres du 23 avril 1987, série A n° 117, p. 19, § 42).

2. Sur l'observation de l'article 64 (art. 64) de la Convention

51. Il y a lieu, dès lors, de rechercher si la déclaration suisse litigieuse répondait aux exigences de l'article 64 (art. 64) de la Convention.

a) Article 64 § 1 (art. 64-1)

52. Après avoir concédé devant la Commission que la déclaration interprétative n'est pas une réserve de caractère général, la requérante a plaidé le contraire devant la Cour. Elle soutient désormais que le texte en question cherche à soustraire au juge toute cause civile ou pénale pour la transférer à l'exécutif, au mépris d'un principe essentiel pour toute société démocratique: la séparation des pouvoirs. Le "contrôle judiciaire final" se révélant un leurre s'il n'englobe pas les faits, pareil système aboutirait à exclure la garantie du procès équitable, norme cardinale de la Convention. Ainsi, la déclaration suisse ne remplirait pas les conditions de fond de l'article 64 (art. 64), lequel prohiberait expressément les réserves de caractère général et implicitement celles qui sont incompatibles avec la Convention.

53. S'appuyant sur les deux critères énoncés par la Commission dans son rapport du 5 mai 1982 relatif à l'affaire *Temeltasch*, le Gouvernement affirme que la déclaration suisse ne revêt pas un caractère général.

D'une part, elle se référerait expressément à une disposition spécifique de la Convention, le paragraphe 1 de l'article 6 (art. 6-1), même s'il en résulte inévitablement des conséquences pour les paragraphes 2 et 3 (art. 6-2, art. 6-3) dont les garanties constituent "autant d'aspects de la notion générale de procès équitable" (arrêt *Colozza* du 12 février 1985, série A n° 89, p. 14, § 26).

D'autre part, elle serait formulée d'une manière permettant d'en déterminer clairement la portée et offrant une précision suffisante pour les autres États parties et pour les organes de la Convention. Le Conseil fédéral aurait entendu limiter l'étendue de la garantie d'un procès équitable, notamment dans les cas où une autorité administrative statue sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. De bonne foi, il aurait choisi l'expression "contrôle judiciaire final" pour désigner un contrôle de type cassatoire, engagé au moyen d'un pourvoi en nullité et limité aux questions de droit, c'est-à-dire l'examen de la régularité de la décision de l'autorité publique sous l'angle de sa conformité à la loi. Il aurait ainsi procédé à une paraphrase fidèle, en même temps qu'à une extension au volet pénal de l'article 6 (art. 6), de la thèse défendue par M. Fawcett au nom de la minorité de la Commission dans l'affaire *Ringeisen*. De plus, il serait abusif, une quinzaine d'années après la formulation du texte, de le taxer de général et vague en se fondant principalement sur la jurisprudence ultérieure des organes de la Convention, en particulier la Cour dans son arrêt *Albert et Le Compte* du 10 février 1983 (série A n° 58). Enfin, la notion de "contrôle judiciaire final" ne serait pas étrangère au droit international des droits de l'homme, comme en témoignerait la réserve de la France à l'article 2 du Protocole n° 7 (P7-2) à la Convention.

A l'audience devant la Cour, le Gouvernement a mentionné un troisième élément: la compatibilité avec l'objet et le but de la Convention. Il l'estime hors de doute en l'occurrence car la déclaration ne viserait qu'un certain aspect, et non la substance, du droit à un procès équitable.

54. La Commission reconnaît la nécessité de tenir compte de deux circonstances. D'abord, les travaux préparatoires qui ont précédé la ratification: il en ressortirait que la Suisse voulait limiter la notion de procès équitable à un contrôle judiciaire n'impliquant pas une décision sur le fond. Ensuite, l'état de la jurisprudence des organes de la Convention en 1974: la Cour n'avait pas encore précisé que l'article 6 § 1 (art. 6-1) garantit le "'droit à un tribunal' (...)" et à une solution juridictionnelle du litige (...), tant pour les points de fait que pour les questions de droit" (arrêt *Albert et Le Compte* précité, série A n° 58, p. 16, § 29).

Toutefois, les mots "contrôle judiciaire final" seraient ambigus et imprécis. Ils créeraient une grande incertitude quant aux conséquences de la déclaration litigieuse pour l'application des paragraphes 2 et 3 de l'article 6 (art. 6-2, art. 6-3), ce qui vaudrait notamment pour les décisions rendues en matière pénale par des autorités administratives. Selon la Commission, le texte en cause semble aboutir à priver presque totalement l'"accusé" de la protection de la Convention, alors que rien n'indique que telle ait été l'intention de la Suisse. Au moins pour la procédure pénale, la déclaration aurait donc une portée générale et illimitée.

55. La Cour arrive à la même conclusion. Par "réserve de caractère général", l'article 64 (art. 64) entend notamment une réserve rédigée en des termes trop vagues ou amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exacts. Or si les travaux préparatoires et les explications fournies par le Gouvernement montrent avec netteté quel était le souci de l'État défendeur à l'époque du dépôt de l'instrument de ratification, ils ne sauraient occulter une réalité objective: le libellé même de la déclaration. Les mots "contrôle judiciaire final des actes ou décisions de l'autorité publique qui touchent à de[s] (...) droits ou obligations [de caractère civil] ou à l'examen du bien-fondé d'une (...) accusation [en matière pénale]" ne permettent pas de mesurer au juste la portée de l'engagement de la Suisse, en particulier quant aux catégories de litiges visés et quant au point de savoir si le "contrôle judiciaire final" s'exerce ou non sur les faits d'une cause. Ils se prêtent donc à différentes interprétations alors que l'article 64 § 1 (art. 64-1) exige précision et clarté. Bref, ils tombent sous le coup de la prohibition des réserves de caractère général.

b) Article 64 § 2 (art. 64-2)

56. Selon la requérante, la déclaration interprétative ne respecte pas non plus le paragraphe 2 de l'article 64 (art. 64-2), faute de contenir "un bref exposé de la loi en cause". Sans doute le Gouvernement aurait-il rencontré des difficultés pratiques pour dresser la liste des lois cantonales et fédérales qui ne se trouvaient pas à l'époque en harmonie avec l'article 6 § 1 (art. 6-1). Pareille circonstance ne saurait toutefois justifier que l'on méconnaisse une condition explicite de la Convention.

57. Le Gouvernement concède que la déclaration interprétative litigieuse ne s'accompagne pas d'un "bref exposé de la loi en cause", mais il soutient que le non-accomplissement de cette formalité ne saurait tirer à conséquence. Il invoque la pratique très souple qui se serait développée en la matière avec l'assentiment tacite du dépositaire et des autres États contractants; il se réfère à cet égard aux cas de l'Irlande (réserve à l'article 6 § 3 c)) (art. 6-3-c) et de Malte (déclaration d'interprétation de l'article 6 § 2) (art. 6-2). Surtout, il souligne que l'article 64 § 2 (art. 64-2) n'envisage pas les problèmes spécifiques qui se posent aux États fédéraux et peuvent se révéler quasiment insurmontables. Pour se plier à cette obligation, la Suisse aurait dû mentionner la plupart des dispositions des vingt-six codes de procédure pénale cantonaux et des vingt-six codes de procédure civile cantonaux, voire de centaines de dispositions législatives ou réglementaires communales. Ce "laborieux exercice" eût obscurci la situation au lieu de l'éclaircir. En définitive, l'observation littérale de l'article 64 § 2 (art. 64-2) eût présenté plus d'inconvénients que d'avantages et eût même risqué de susciter de graves malentendus sur la portée de l'engagement international de la Suisse. Au demeurant, les références au code pénal suisse figurant dans le rapport complémentaire du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 23 février 1972, répondraient au moins indirectement à l'exigence de l'article 64 § 2 (art. 64-2).

58. Aux yeux de la Commission, les indéniables difficultés d'ordre pratique avancées par le Gouvernement ne sauraient légitimer l'inobservation du paragraphe 2 de l'article 64 (art. 64-2). Il s'adresserait à tous les États parties sans distinction aucune, unitaires ou fédéraux et dotés ou non d'un droit de procédure unifié. Se référant à son rapport du 5 mai 1982 dans l'affaire Temeltasch, la Commission insiste sur deux aspects. En premier lieu, le paragraphe 2 de l'article 64 (art. 64-2) doit, d'après elle, se lire à la lumière du paragraphe 1 (art. 64-1), lequel ne vaut que pour une "loi alors en vigueur" et interdit les réserves de caractère général; les précisions demandées aux États en cause contribueraient à éviter l'acceptation de pareilles réserves. Ensuite, l'obligation de joindre à la réserve un bref exposé des lois qu'un État entend préserver permettrait aux autres Parties contractantes, ainsi qu'aux organes de la Convention et à toute personne concernée, de prendre connaissance de cette législation. Un tel élément présenterait un intérêt non négligeable; l'étendue de la norme dont l'État veut empêcher l'application par une réserve ou une déclaration interprétative entrerait en ligne de compte, car l'utilité d'inclure un exposé de la loi serait d'autant plus grande que la portée de ladite norme est plus large.

59. La Cour souscrit pour l'essentiel à l'avis de la Commission sur ce point. Elle ajoute que le "bref exposé de la loi en cause" constitue à la fois un élément de preuve et un facteur de sécurité juridique. En effet, l'article 64 § 2 (art. 64-2) vise à offrir, notamment aux autres Parties contractantes et aux

organes de la Convention, la garantie que la réserve ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'État concerné. Il ne contient pas une simple exigence de forme; il édicte une condition de fond. L'omission constatée en l'espèce ne saurait donc se justifier, même par des difficultés pratiques importantes.

C. Conclusion

60. En résumé, la déclaration litigieuse ne répond pas à deux des impératifs de l'article 64 (art. 64) de la Convention, de sorte qu'il échet de la réputer non valide. Or, à n'en pas douter, la Suisse est et s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration. Du reste, son Gouvernement reconnaît la compétence de la Cour pour trancher cette dernière question, dont il a traité devant elle. Partant, il y a lieu de rejeter l'exception préliminaire soulevée par lui.

Document n°5 - Comité des droits de l'homme (CDH), *Affaire « T.K. c. France »*, décision du 8 novembre 1989, comm. n° 220/1987

1. L'auteur de la communication (lettre initiale datée du 12 janvier 1987, deuxième lettre datée du 30 juin 1987) est T. K., citoyen français d'origine ethnique bretonne, qui écrit en son nom propre et en sa qualité de Président de l'Unvaniezh Ar Gelennerien Brezhoneg (UAGB, Union des enseignants de breton). Né en Bretagne en 1937, il enseigne la philosophie et le breton. Il affirme que la France a violé les articles 2, 16, 19, 26 et 27 du Pacte.

2.1 L'auteur de la communication déclare que le Tribunal administratif de Rennes a refusé d'examiner une requête qu'il lui avait soumise le 7 novembre 1984, en langue bretonne, au nom de l'UAGB. L'auteur y demandait la reconnaissance du statut d'association pour l'UAGB. En réponse à un courrier bilingue français/breton, le tribunal a fait savoir que la requête n'avait pas été enregistrée faute d'être rédigée en français. Une lettre adressée ultérieurement au Ministre français de la justice serait restée sans réponse. A l'appui de sa requête, l'auteur joint une copie de deux jugements, rendus l'un par le Tribunal administratif de Rennes, le 21 novembre 1984, l'autre par le Conseil d'Etat, le 22 novembre 1985, et statuant tous deux qu'une requête rédigée en breton ne peut pas être enregistrée. Selon l'auteur, ces jugements constituent une discrimination fondée sur la langue et contreviennent au paragraphe 1) de l'article 2 du Pacte, dont l'Etat partie a en outre violé le paragraphe 2 de l'article 2, relatif aux mesures d'ordre législatif ou autre propres à donner effet aux droits reconnus dans le Pacte, le paragraphe 3) de l'article 2, relatif aux recours utiles, l'article 16, relatif au droit de chacun à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique, le paragraphe 2) de l'article 19, relatif à la liberté d'expression, l'article 26, relatif à l'égalité devant la loi sans aucune discrimination, et l'article 27, relatif au droit d'employer sa propre langue.
(...)

5. Dans sa réponse, datée du 13 janvier 1989, à la question du Groupe de travail, l'auteur affirme que les ressortissants français de langue maternelle française et ceux de langue maternelle bretonne ne sont pas égaux devant la loi parce que les premiers peuvent s'exprimer dans leur langue maternelle devant les tribunaux, alors que ces derniers ne le peuvent pas. S'il existe un Secrétariat à la francophonie, il n'y a pas d'institution similaire pour défendre les langues régionales autres que le français. Du fait que le gouvernement refuse de reconnaître la langue bretonne, ceux qui l'utilisent quotidiennement sont contraints à en abandonner l'usage ou à renoncer à leur droit de s'exprimer librement. L'auteur ajoute que la violation de sa liberté d'expression est manifeste dans le fait que le Tribunal administratif a refusé d'enregistrer une requête soumise en breton sous prétexte que son contenu était inintelligible, refusant par là de reconnaître la validité d'une requête soumise dans une langue locale et déniait aux citoyens le droit d'utiliser leur propre langue devant les tribunaux. Enfin, l'auteur affirme que l'accès aux tribunaux lui est interdit, en tant que citoyen français de langue maternelle bretonne, puisque les autorités judiciaires ne l'autorisent pas à soumettre des requêtes dans sa langue maternelle.
(...)

6.6 Enfin, l'Etat partie rappelle qu'en ratifiant le Pacte, le Gouvernement français a fait une réserve en ce qui concerne l'article 27 : "Le Gouvernement français déclare que, compte tenu de l'article 2 de la

Constitution de la République française, l'article 27 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République".

(...)

7.5 Enfin, l'auteur indique que la France n'a pas fait de "réserve" en ce qui concerne l'article 27 mais s'est contentée de faire une simple "déclaration". L'auteur fait observer qu'une proposition de loi soutenue par de nombreux parlementaires reconnaît les différentes langues parlées en France, comme témoignages du caractère singulier d'une région ou d'une communauté. Pour l'auteur, il ne fait aucun doute que la communauté bretonne constitue une minorité linguistique au sens de l'article 27, devant pouvoir exercer le droit d'utiliser sa propre langue, y compris devant les tribunaux.

(...)

8.5 L'auteur a également invoqué l'article 27 du Pacte, affirmant avoir été victime d'une violation des dispositions de ce texte. Lorsqu'il a adhéré au Pacte, le Gouvernement français a déclaré que "compte tenu de l'article 2 de la Constitution de la République française . . . l'article 27 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République". Sa déclaration n'a fait l'objet d'aucune objection de la part des autres Etats parties et n'a pas été retirée.

8.6 Le Comité est donc appelé à déterminer si cette déclaration l'empêche d'examiner une communication faisant état d'une violation de l'article 27. Au paragraphe 1 d) de l'article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il est dit : "l'expression "réserve" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il . . . adhère [à un traité], par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat." Dans la Convention, il n'est pas fait de distinction entre réserves et déclarations. Quant au Pacte, il ne contient rien qui permette de déterminer si une déclaration unilatérale faite par un Etat partie lors de son adhésion exclut la compétence du Comité, qu'elle soit appelée "réserve" ou "déclaration". Le Comité note à cet égard que ce n'est pas la désignation de la déclaration, mais l'effet qu'elle vise à avoir qui détermine sa nature. Si la déclaration vise à l'évidence à exclure ou à modifier l'effet juridique d'une disposition particulière d'un traité, elle doit être considérée comme une réserve obligatoire, même si elle est libellée sous la forme d'une "déclaration". En l'espèce, la déclaration faite par le Gouvernement français lors de son adhésion au Pacte est claire : elle vise à exclure l'application de l'article 27 à la France, ce qui est souligné dans le libellé par les mots "n'a pas lieu de s'appliquer". L'objet de la déclaration étant sans équivoque, elle doit être considérée comme excluant la compétence du Comité, malgré le terme employé pour la désigner. En outre, dans ses observations du 15 janvier 1989, l'Etat partie évoque également une "réserve" de la France concernant l'article 27. Le Comité se considère donc incompétent pour examiner les plaintes contre la France faisant état de violations de l'article 27 du Pacte.

(...)

Opinion individuelle présentée par Mme Rosalyn Higgins, conformément au paragraphe 3 de l'article 92 du Règlement intérieur du Comité au sujet de la décision d'irrecevabilité prise par le Comité sur la communication No. 220/1987

(...)

En revanche, je ne puis m'associer à la conclusion du Comité selon laquelle la déclaration faite par le Gouvernement français le 4 novembre 1980 l'empêche d'examiner la plainte de l'auteur en ce qu'elle concerne l'article 27 du Pacte. Ce n'est pas parce qu'il n'est pas fait de distinction dans le Pacte entre «réserves» et «déclarations» qu'il n'y a pas de différence entre les deux notions, dans le contexte du Pacte. De plus, à mon avis, la question n'est pas réglée par la seule invocation du paragraphe 1 a) de l'article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités où il est souligné que l'élément déterminant est l'intention et non pas le terme utilisé.

Il ressort de l'analyse de la notification faite le 4 janvier 1982 par le Gouvernement de la République française que celui-ci entendait d'une part émettre certaines réserves et d'autre part faire plusieurs déclarations interprétatives. Ainsi, il utilise l'expression «émet une réserve» au sujet du paragraphe 1)

de l'article 4 et des articles 9, 14 et 19, mais ailleurs dans le texte il énonce la façon dont certaines dispositions du Pacte doivent à son avis être comprises au regard de la Constitution de la République française, de la législation française ou des obligations contractées en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce n'est pas en se référant au paragraphe 1 d) de l'article 2 de la Convention de Vienne et en notant que la façon dont une réserve est libellée ou désignée importe peu que l'on peut changer des déclarations interprétatives en réserves: en l'espèce, la teneur montre clairement qu'il s'agit de déclarations. En outre, il ressort de la notification adressée par le Gouvernement français que des termes différents ont été choisis délibérément pour viser des objectifs juridiques différents. Il n'y a aucune raison de supposer que le Gouvernement français a employé, dans des paragraphes différents, deux termes distincts — « réserve » et « déclaration » — sans l'avoir voulu et sans comprendre toutes les conséquences juridiques que cette distinction comporte.

Le paragraphe en question se lit comme suit:

«Le Gouvernement de la République déclare, compte tenu de l'article 2 de la Constitution de la République française, que l'article 27 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République.»

Le passage pertinent de l'article 2 de la Constitution de la République française stipule ce qui suit:

«La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances.»

Comme le note le Comité dans sa décision, dans les rapports qu'elle lui a soumis en vertu de l'article 40 du Pacte, la France a expliqué que, puisque la Constitution interdisait toute distinction en fonction de l'origine, de la race ou de la religion des citoyens, il n'y avait pas de minorités en France, et que par conséquent l'article 27 n'avait pas lieu de s'appliquer. Je suis convaincue que la notification de la France à propos de l'article 27 est une déclaration et non pas une réserve, et j'estime donc qu'en dernier ressort le Comité doit se demander si l'interprétation du Gouvernement français concorde avec la sienne. Dans le cas de plusieurs États parties, le Comité a rejeté l'idée que l'existence de minorités était d'une certaine manière affirmée par la reconnaissance d'actes discriminatoires. Au contraire, il a toujours soutenu que l'existence de minorités au sens de l'article 27 était une réalité et que des minorités pouvaient exister dans les États parties qui s'acquittaient pleinement, en droit et en fait, de l'obligation d'assurer la pleine égalité à tous les individus relevant de leur compétence. Et de nombreux États parties dont la Constitution, comme celle de la République française, proscribit la discrimination, reconnaissent sans hésitation l'existence de minorités sur leur territoire et font rapport sur leur situation, en vertu de l'article 27.

Par conséquent, je conclus que la déclaration du Gouvernement français, si elle mérite le respect et l'attention du Comité, n'est pas conforme à son interprétation du sens et de la portée de l'article 27 et n'a pas les effets d'une réserve.

La question de principe me semble importante. Il reste toutefois que les recours internes doivent être épuisés en ce qui concerne une éventuelle violation aussi bien de l'article 27 que de l'article 26. Mon opinion concernant la déclaration faite par la France ne m'empêche pas de conclure, comme les autres membres du Comité, à l'irrecevabilité de la communication.

Document n°6 - Observation Générale n° 24 du Comité des droits de l'homme du 2 novembre 1994

1. Au 1er novembre 1994, 46 des 127 États parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques avaient, à eux tous, formulé 150 réserves d'importance variable concernant l'acceptation des obligations découlant du Pacte. Certaines de ces réserves excluent l'obligation d'assurer et de garantir tel ou tel droit énoncé dans le Pacte. D'autres, couchées en termes plus généraux, visent souvent à assurer que certaines dispositions du droit interne continuent de primer. D'autres encore concernent la compétence du Comité. Le nombre de réserves, leur teneur et leur portée peuvent compromettre l'application effective du Pacte et tendre à affaiblir le respect de leurs obligations par les États parties. Il importe que les États parties sachent exactement à quelles obligations eux-mêmes, et les autres États parties, ont en fait souscrit. Quant au Comité, pour s'acquitter des devoirs qui lui incombent en vertu de l'article 40 du Pacte ou des Protocoles facultatifs, il doit savoir si un État est lié par une obligation donnée

ou dans quelle mesure. Il lui faut pour cela déterminer si une déclaration unilatérale est une réserve ou une déclaration interprétative et déterminer sa recevabilité et ses effets.

(...)

3. Il n'est pas toujours aisé de distinguer une réserve d'une déclaration traduisant la manière dont un Etat interprète une disposition, ou encore d'une déclaration d'ordre politique. Il faut prendre en compte l'intention de l'Etat plutôt que la forme de l'instrument. Si une déclaration, quels qu'en soient l'appellation ou l'intitulé, vise à exclure ou à modifier l'effet juridique d'un traité dans son application à l'Etat, elle constitue une réserve. Inversement, si ce qu'un Etat appelle une réserve ne fait que traduire l'interprétation qu'il a d'une disposition donnée, sans exclure ni modifier cette disposition dans son application audit Etat, il ne s'agit pas en réalité d'une réserve.

4. La possibilité d'émettre des réserves peut encourager les Etats qui estiment avoir des difficultés à garantir tous les droits énoncés dans le Pacte à accepter néanmoins la plupart des obligations en découlant. Les réserves peuvent jouer un rôle utile en permettant aux Etats de rendre des éléments spécifiques de leur législation compatibles avec les droits inhérents à l'individu tels qu'ils sont énoncés dans le Pacte. Toutefois, il est souhaitable, en principe, que les Etats acceptent la totalité des obligations, car les normes relatives aux droits de l'homme sont l'expression juridique des droits essentiels que chacun doit pouvoir exercer en tant qu'être humain.

5. Le Pacte n'interdit pas les réserves ni ne mentionne aucun type de réserves autorisées. Il en va de même du premier Protocole facultatif. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 2 du deuxième Protocole facultatif, il ne sera admis aucune réserve au présent Protocole, en dehors de la réserve formulée lors de la ratification ou de l'adhésion et prévoyant l'application de la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre. Les paragraphes 2 et 3 prévoient certaines obligations de procédure.

6. Le fait que les réserves ne soient pas interdites ne signifie pas qu'un Etat peut émettre n'importe quelle réserve. La question des réserves au titre du Pacte et du premier Protocole facultatif est régie par le droit international. Le paragraphe 3 de l'article 19 de la Convention de Vienne sur le droit des traités donne des orientations utiles². En vertu de cet article, si une réserve n'est pas interdite par le traité considéré ou relève bien de la catégorie des réserves autorisées, un Etat peut émettre sa réserve pour autant qu'elle ne soit pas incompatible avec l'objet et le but du traité. Bien que, contrairement à d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, le Pacte ne fasse pas expressément référence au critère de la compatibilité avec son objet et son but, la question de l'interprétation et l'acceptabilité des réserves est régie par ce critère.

7. Dans un instrument énonçant un très grand nombre de droits civils et politiques, chacun des nombreux articles, et en fait leur conjugaison, tend à assurer la réalisation des objectifs visés par le Pacte. L'objet et le but du Pacte sont de créer des normes relatives aux droits de l'homme juridiquement contraignantes en définissant certains droits civils et politiques et en les plaçant dans un cadre d'obligations juridiquement contraignantes pour les Etats qui le ratifient, ainsi que de fournir un mécanisme permettant de surveiller efficacement les obligations souscrites.

8. Des réserves contraires à des normes impératives ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but du Pacte. Les traités qui constituent un simple échange d'obligations entre Etats autorisent certes ceux-ci à formuler entre eux des réserves à l'application de règles du droit international général, mais il en est autrement dans le cas des instruments relatifs aux droits de l'homme qui visent à protéger les personnes relevant de la juridiction des Etats. En conséquence, les dispositions du Pacte qui représentent des règles de droit international coutumier (a fortiori lorsqu'elles ont le caractère de normes impératives) ne peuvent pas faire l'objet de réserves. Ainsi, un Etat ne peut se réserver le droit de pratiquer l'esclavage ou la torture, de soumettre des personnes à des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, de les priver arbitrairement de la vie, de les arrêter et de les détenir arbitrairement, de dénier le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, de présumer une personne coupable tant que son innocence n'a pas été établie, d'exécuter des femmes enceintes ou des enfants, d'autoriser l'incitation à

la haine nationale, raciale ou religieuse, de dénier à des personnes nubiles le droit de se marier, ou de dénier aux minorités le droit d'avoir leur propre vie culturelle, de professer leur propre religion ou d'employer leur propre langue. Et si des réserves à des dispositions particulières de l'article 14 peuvent être acceptables, une réserve générale au droit à un procès équitable ne le serait pas.

9. Appliquant plus généralement au Pacte le critère de la compatibilité avec l'objet et le but, le Comité note que, à titre d'exemple, une réserve à l'article premier déniait aux peuples le droit de déterminer leur propre statut politique et d'assurer leur développement économique, social et culturel, serait incompatible avec l'objet et le but du Pacte. De même, une réserve touchant l'obligation de respecter et de garantir les droits reconnus dans cet instrument, sans distinction aucune (art. 2, par. 1), ne serait pas acceptable. Un Etat ne peut pas non plus se réserver le droit de ne pas prendre les mesures nécessaires au plan interne pour donner effet aux droits reconnus dans le Pacte (art. 2, par. 2).

10. Le Comité s'est en outre demandé si certains types de réserves pouvaient être incompatibles avec l'objet et le but. Il faut étudier en particulier si des réserves à des dispositions du Pacte auxquelles il n'est pas permis de déroger sont compatibles avec son objet et son but. Bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie entre les droits consacrés dans le Pacte, l'exercice de certains droits ne peut être suspendu, même en période d'urgence nationale, ce qui souligne l'importance capitale des droits non susceptibles de dérogation. Mais en fait ce ne sont pas tous les droits d'une importance capitale, tels que ceux énoncés aux articles 9 et 27 du Pacte, auxquels il est interdit de déroger. L'une des raisons pour lesquelles certains droits ne sont pas susceptibles de dérogation est que leur suspension est sans rapport avec le contrôle légitime de l'état d'urgence nationale (par exemple, l'interdiction de l'emprisonnement pour dettes faite à l'article 11). Une autre raison est que cette dérogation peut concrètement être impossible (comme, par exemple, dans le cas de la liberté de conscience). En même temps, il est impossible de déroger à certaines dispositions précisément parce que la primauté du droit ne saurait être assurée en leur absence. C'est ce qui se passerait dans le cas d'une réserve aux dispositions de l'article 4, qui vise justement à contrebalancer les intérêts de l'Etat et les droits de l'individu en période d'exception. Il en va de même de certains droits auxquels il n'est pas permis de déroger -- interdiction de la torture et de la privation arbitraire de la vie, par exemple³ -- et qui, en tout état de cause, ne peuvent faire l'objet d'une réserve puisque ce sont des normes impératives. Bien qu'il n'existe pas de corrélation automatique entre les réserves émises à l'égard de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé et celles qui portent atteinte à l'objet et au but du Pacte, il incombe à un Etat de justifier pareille réserve.

11. Le Pacte non seulement consacre des droits spécifiques, mais les assortit de sérieuses garanties. Ces garanties fournissent le cadre nécessaire pour que les droits énoncés dans le Pacte soient assurés et elles sont donc essentielles au respect de son objet et de son but. Certaines s'appliquent au niveau national et d'autres au niveau international. Des réserves visant à les éliminer sont donc inacceptables. Ainsi, un Etat ne pourrait pas faire de réserve au paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte en indiquant qu'il n'a pas l'intention d'offrir des recours en cas de violation des droits de l'homme. Ce type de garanties fait partie intégrante du Pacte et en conditionne l'efficacité. Pour faciliter la réalisation de ses objectifs, le Pacte investit par ailleurs le Comité d'une fonction de contrôle. Les réserves émises afin de se soustraire à cet aspect essentiel du Pacte, qui vise également à garantir l'exercice des droits, sont elles aussi incompatibles avec son objet et son but. Un Etat ne peut pas se réserver le droit de ne pas présenter de rapports et de ne pas voir ses rapports étudiés par le Comité. Le rôle du Comité au titre du Pacte, que ce soit en vertu de l'article 40 ou en vertu des Protocoles facultatifs, suppose nécessairement l'interprétation des dispositions du Pacte et l'élaboration d'une jurisprudence. C'est pourquoi une réserve qui rejette la compétence qu'a le Comité d'interpréter les obligations prévues dans une disposition du Pacte serait aussi contraire à l'objet et au but de cet instrument.

12. L'intention des auteurs du Pacte était d'assurer, à toutes les personnes relevant de la juridiction d'un Etat partie, les droits énoncés dans cet instrument. A cette fin, un certain nombre d'obligations connexes peuvent se révéler nécessaires. Il faut peut-être modifier le droit interne pour tenir compte des prescriptions du Pacte et mettre en place des mécanismes au niveau national pour rendre les droits consacrés dans le Pacte applicables au niveau local. Les réserves font souvent apparaître une tendance des Etats à ne pas vouloir modifier telle ou telle loi, et cette tendance est parfois érigée en politique

générale. Ce qui est particulièrement préoccupant, ce sont les réserves formulées en termes généraux qui ont essentiellement pour effet de rendre inopérants tous les droits énoncés dans le Pacte dont le respect exigerait une modification du droit interne. Il n'y a donc aucune acceptation réelle des droits ou obligations énoncés dans un instrument international. Lorsque à cela s'ajoutent l'absence de dispositions donnant la possibilité d'invoquer les droits consacrés dans le Pacte devant les tribunaux nationaux et, de plus, l'impossibilité pour les particuliers de saisir le Comité en vertu du premier Protocole facultatif, tous les éléments essentiels des garanties prévues par le Pacte sont supprimés.

13. On peut se demander si le premier Protocole facultatif autorise des réserves et, dans l'affirmative, si une réserve à cet instrument pourrait être contraire à l'objet et au but du Pacte, ou du premier Protocole facultatif lui-même. Il est évident que le premier Protocole facultatif est un instrument international distinct du Pacte tout en lui étant étroitement lié. Son objet et son but sont de reconnaître que le Comité a compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers qui prétendent être victimes d'une violation, par un Etat partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte. Les Etats acceptent les droits reconnus aux particuliers en se référant au Pacte, et non au premier Protocole facultatif, dont la fonction est de permettre que les réclamations dont ces droits peuvent faire l'objet soient présentées au Comité. En conséquence, une réserve touchant l'obligation d'un Etat de respecter et de garantir un droit énoncé dans le Pacte, formulée au titre du premier Protocole facultatif, alors qu'elle n'a pas été émise auparavant au titre du Pacte, ne porte pas atteinte au devoir de l'Etat de respecter ses obligations de fond. Une réserve ne peut être émise au Pacte par le biais du Protocole facultatif; ce type de réserve aurait pour effet d'obtenir que le Comité ne contrôlerait pas, en vertu du premier Protocole facultatif la façon dont l'Etat remplit l'obligation considérée. Et comme l'objet et le but du premier Protocole facultatif sont de permettre au Comité de vérifier que les dispositions ayant force obligatoire pour les Etats sont bien appliquées, une réserve tendant à l'en empêcher serait contraire à l'objet et au but du premier Protocole, si ce n'est au Pacte. Une réserve portant sur une obligation de fond émise pour la première fois au titre du premier Protocole facultatif semblerait refléter l'intention de l'Etat concerné d'empêcher le Comité de donner son avis sur un article donné du Pacte, dans le cadre d'un recours individuel.

14. Le Comité considère que les réserves touchant les procédures requises au titre du premier Protocole facultatif ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but de cet instrument. Le Comité doit rester maître de sa propre procédure, telle qu'elle est définie par le Protocole facultatif et par le règlement intérieur. Toutefois des réserves ont été faites dans le but de limiter la compétence du Comité aux faits et événements survenus après l'entrée en vigueur du premier Protocole facultatif pour les Etats intéressés. De l'avis du Comité, il s'agit là non pas d'une réserve, mais le plus souvent d'une déclaration conforme à sa compétence normale *ratione temporis*. Dans le même temps, le Comité a soutenu qu'il était compétent, même en cas de déclarations ou observations de cette nature, lorsque des événements ou actes intervenus avant la date de l'entrée en vigueur du premier Protocole facultatif, ont continué, au-delà de cette date, d'avoir un effet sur les droits d'une victime. Certaines réserves ont été formulées, qui ajoutent en fait un critère supplémentaire d'irrecevabilité aux motifs prévus au paragraphe 2 de l'article 5, en empêchant l'examen d'une communication lorsque la même question a déjà été examinée dans le cadre d'une autre procédure comparable. Dans la mesure où l'obligation la plus fondamentale était d'assurer que le respect des droits d'un individu fasse l'objet d'un examen indépendant par une tierce partie, le Comité, lorsque le droit et le domaine concernés étaient identiques au regard du Pacte et d'un autre instrument international, a considéré qu'une telle réserve ne portait pas atteinte à l'objet et au but du premier Protocole facultatif.

15. Le but du deuxième Protocole facultatif est avant tout d'étendre la portée des obligations de fond contractées en vertu du Pacte qui touchent au droit à la vie, en interdisant l'exécution et en abolissant la peine de mort⁴. Il contient une disposition spécifique qui détermine ce qui est permis. En vertu du paragraphe 1 de l'article 2, un seul type de réserve est autorisé, à savoir celle par laquelle un Etat partie se réserve le droit d'appliquer la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre. Les Etats parties qui souhaitent se prévaloir du droit de formuler une réserve de cet ordre doivent s'acquitter de deux obligations de procédure. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 2, l'Etat qui se trouve dans cette

situation doit informer le Secrétaire général, lors de la ratification ou de l'adhésion, des dispositions pertinentes de sa législation interne qui s'appliquent en temps de guerre. Cette disposition vise clairement à servir les objectifs de spécificité et de transparence et, de l'avis du Comité, une réserve qui ne serait pas accompagnée de ce type de précisions serait sans effet juridique. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 2, l'Etat qui a formulé une telle réserve doit notifier au Secrétaire général la proclamation et la levée de l'état de guerre sur son territoire. Pour le Comité, aucun Etat ne peut chercher à se prévaloir de sa réserve (c'est-à-dire faire considérer l'exécution comme légale en temps de guerre) s'il ne s'est pas acquitté de l'obligation visée au paragraphe 3 de l'article 2.

16. De l'avis du Comité, il importe de savoir quel organe est investi du pouvoir de déterminer si certaines réserves spécifiques sont compatibles avec l'objet et le but du Pacte. Pour ce qui est des traités internationaux en général, dans l'affaire des Réserves à la Convention sur le génocide (1951) la Cour internationale de Justice a estimé qu'un Etat faisant objection à une réserve au motif d'incompatibilité avec l'objet et le but d'un traité pouvait, par son objection, considérer le traité comme n'étant pas en vigueur entre lui-même et l'Etat auteur de la réserve. Le paragraphe 4 de l'article 20 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui prévoit la possibilité pour un Etat de faire objection à une réserve formulée par un autre Etat, contient des dispositions très intéressantes concernant l'acceptation des réserves et les objections aux réserves. Il permet à un Etat de faire objection à une réserve formulée par un autre Etat. L'article 21 traite des effets juridiques des objections élevées par les Etats aux réserves émises par d'autres Etats. Fondamentalement, une réserve empêche l'application, entre l'Etat auteur de la réserve et les autres Etats, de la disposition qui a fait l'objet de la réserve. Toute objection fait que, dans les rapports entre l'Etat auteur de la réserve et l'Etat qui a formulé l'objection, la réserve ne s'applique que dans la mesure où elle n'est pas touchée par l'objection.

17. Comme on l'a indiqué ci-dessus, c'est la Convention de Vienne sur le droit des traités qui donne la définition des réserves et prévoit l'application du critère de la compatibilité avec l'objet et le but en l'absence d'autres dispositions spécifiques. Mais le Comité est d'avis que les dispositions de la Convention concernant le rôle des objections des Etats aux réserves ne permettent pas de régler le problème des réserves émises à l'égard des instruments relatifs aux droits de l'homme. Ces instruments, et le Pacte tout particulièrement, ne constituent pas un réseau d'échanges d'obligations interétatiques. Ils visent à reconnaître des droits aux individus. Le principe de la réciprocité interétatique ne s'applique pas, sauf peut-être dans le contexte limité des réserves aux déclarations touchant la compétence du Comité faites au titre de l'article 41. Etant donné que les règles classiques sur les réserves sont tout à fait inadéquates, souvent les Etats n'ont pas vu l'intérêt juridique s'agissant du Pacte, ni la nécessité d'élever une objection aux réserves. L'absence de protestation de la part d'un Etat ne peut pas laisser supposer qu'une réserve est compatible ou incompatible avec l'objet et le but du Pacte. Les objections formulées ont été occasionnelles, elles ont été émises par certains Etats et non par d'autres, pour des raisons qui n'ont pas toujours été précisées; souvent, quand une objection est élevée, la Partie qui la formule ne précise pas ses conséquences juridiques ou, parfois même indique qu'elle ne considère pas pour autant que le Pacte n'est pas en vigueur entre les parties concernées. En bref, le profil de ces objections est si peu clair qu'on peut difficilement déduire de l'absence d'objection de la part d'un Etat qu'il juge une réserve particulière acceptable. De l'avis du Comité, en raison des caractéristiques particulières du Pacte en tant qu'instrument relatif aux droits de l'homme, on peut se demander quels sont les effets d'une objection pour les relations entre les Etats intéressés. Cela étant, une objection élevée par les Etats à une réserve peut donner au Comité un élément d'appréciation pour déterminer si la réserve est compatible avec l'objet et le but du Pacte.

18. Il incombe nécessairement au Comité de déterminer si une réserve donnée est compatible avec l'objet et le but du Pacte, en partie parce que, comme on l'a vu plus haut, cette tâche n'est pas du ressort des Etats parties s'agissant d'instruments relatifs aux droits de l'homme, et en partie parce que le Comité ne peut se soustraire à cette tâche dans l'exercice de ses fonctions. Afin de savoir jusqu'où va son devoir d'examiner dans quelle mesure un Etat s'acquitte de ses obligations au titre de l'article 40 ou d'examiner une communication soumise en vertu du premier Protocole facultatif, il doit nécessairement se faire une idée de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du Pacte et avec le droit international général. En raison du caractère particulier d'un instrument relatif aux droits de l'homme, la compatibilité d'une

réserve avec l'objet et le but du Pacte doit être établie objectivement, en se référant à des principes juridiques. Le Comité est particulièrement bien placé pour s'acquitter de cette tâche. La conséquence normale d'une réserve inacceptable n'est pas que le Pacte restera totalement lettre morte pour l'Etat auteur de la réserve. Une telle réserve est dissociable, c'est-à-dire que le Pacte s'appliquera à l'Etat qui en est l'auteur, sans bénéficier de la réserve.

19. Les réserves doivent être spécifiques et transparentes, de façon que le Comité, les personnes qui vivent sur le territoire de l'Etat auteur de la réserve et les autres Etats parties sachent bien quelles sont les obligations en matière de droits de l'homme que l'Etat intéressé s'est ou non engagé à remplir. Les réserves ne sauraient donc être de caractère général, mais doivent viser une disposition particulière du Pacte et indiquer précisément son champ d'application. Lorsqu'ils examinent la compatibilité de réserves éventuelles avec l'objet et le but du Pacte, les Etats devraient prendre en considération l'effet général d'un groupe de réserves ainsi que l'effet de chacune d'elles sur l'intégrité du Pacte qui demeure une considération primordiale. Ils ne devraient pas formuler un si grand nombre de réserves qu'ils n'acceptent en fait qu'un nombre limité d'obligations touchant aux droits de l'homme et non plus le Pacte en tant que tel. Pour ne pas aboutir à une perpétuelle mise en échec des normes internationales relatives aux droits de l'homme, les réserves ne devraient pas systématiquement réduire les obligations contractées uniquement aux normes moins contraignantes qui existent dans le droit interne. Il ne faudrait pas non plus que les déclarations interprétatives ou les réserves visent à supprimer l'autonomie d'obligations énoncées dans le Pacte, en les proclamant identiques -- ou acceptables uniquement dans la mesure où elles sont identiques -- à des dispositions du droit interne. Les Etats ne devraient pas s'employer, à travers des réserves ou des déclarations interprétatives, à indiquer que le sens de telle ou telle disposition du Pacte est similaire à celui qui lui a été donné par le mécanisme compétent de tout autre organe conventionnel international.

20. Les Etats devraient instituer des procédures garantissant que chaque réserve envisagée est compatible avec l'objet et le but du Pacte. Il est souhaitable qu'un Etat qui formule une réserve indique précisément les dispositions législatives ou les pratiques internes qu'il juge incompatibles avec l'obligation énoncée dans le Pacte qui fait l'objet de sa réserve, justifie les délais dont il a besoin pour aligner ses lois et pratiques sur le Pacte, ou explique pourquoi il n'est pas en mesure de le faire. Les Etats devraient en outre veiller à ce que la nécessité de maintenir les réserves soit examinée périodiquement en tenant compte de toute observation ou recommandation faite par le Comité pendant l'examen des rapports les concernant. Les réserves devraient être retirées dès que possible. Dans les rapports qu'ils présentent au Comité les Etats devraient indiquer les mesures qu'ils ont prises pour réexaminer, reconsidérer ou retirer leurs réserves.

Document n°7 - Comité des droits de l'homme, *Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, décision du 2 novembre 1999, comm. n° 845/1999 (extrait)

6.1 Avant d'examiner une plainte soumise dans une communication, le Comité des droits de l'homme doit, conformément à l'article 87 de son règlement intérieur, déterminer si cette communication est recevable au titre du Protocole facultatif se rapportant au Pacte.

6.2 Le 26 mai 1998, le Gouvernement de la Trinité-et-Tobago a dénoncé le premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le même jour, il a de nouveau adhéré au Protocole facultatif, en formulant dans son instrument de réadhésion la réserve citée ci-dessus au paragraphe 4.1.

6.3 Pour expliquer pourquoi il a pris ces mesures, l'Etat partie renvoie à la décision rendue par la section judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Pratt et Morgan c. The Attorney General for Jamaica* 2 A.C. 1, 1994., dans laquelle il était dit que dans tous les cas où l'exécution devait avoir lieu plus de cinq ans après la condamnation, il y avait tout lieu de penser que ce délai constituait "un châtiment ou autre traitement inhumain ou dégradant", en violation de l'article 17 de la Constitution jamaïcaine. L'effet de cette décision en ce qui concerne la Trinité-et-Tobago est que l'application de la peine capitale dans des délais excessifs serait contraire au paragraphe 2 b) de l'article 5 de la Constitution trinitadienne, qui

contient une disposition semblable à celle de l'article 17 de la Constitution jamaïcaine. L'État partie explique qu'étant donné que la décision de la section judiciaire du Conseil privé a valeur de norme constitutionnelle pour la Trinité-et-Tobago, le Gouvernement est tenu de veiller à diligenter la procédure d'appel en éliminant les retards au sein du système, de manière que les peines capitales prononcées conformément à la législation trinitadienne puissent être exécutées. C'est pourquoi l'État partie a choisi de dénoncer le Protocole facultatif :

"Dans les circonstances, le Gouvernement trinitadien, tenant à ce que nul ne soit l'objet de châtiments ou traitements inhumains et dégradants, conformément à sa législation interne, et à respecter ce faisant les obligations qu'il a contractées aux termes de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, s'est vu dans l'obligation de dénoncer le Protocole facultatif. Avant de le faire, toutefois, il a eu des consultations, le 31 mars 1998, avec le Président et le Bureau du Comité des droits de l'homme dans le but d'obtenir l'assurance que les affaires concernant des condamnés à mort seraient examinées rapidement et leur examen achevé dans les huit mois suivant leur enregistrement. Pour des raisons que le Gouvernement trinitadien respecte, l'assurance n'a pu être donnée que l'examen de ces affaires serait achevé dans les délais demandés."

6.4 Comme le fait observer le Comité dans l'Observation générale No 24, c'est à lui qu'il appartient, en tant qu'organe conventionnel compétent pour ce qui est du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et des Protocoles facultatifs s'y rapportant, d'interpréter les réserves concernant ces instruments et d'en déterminer la validité. Le Comité rejette l'affirmation de l'État partie selon laquelle il a outrepassé ses pouvoirs en enregistrant la communication et en décidant de demander des mesures provisoires conformément à l'article 86 du règlement intérieur. À cet égard, le Comité fait observer qu'il va de soi qu'il a nécessairement compétence pour enregistrer une communication afin de déterminer si celle-ci est recevable ou non en raison d'une réserve. Quant à l'effet de cette réserve, à supposer qu'elle soit valable, il semble à première vue - et l'auteur n'a pas soutenu le contraire - qu'il soit que le Comité n'aura pas compétence pour examiner la présente communication au fond. Le Comité doit cependant déterminer si une réserve de ce genre peut être faite valablement.

6.5 Il convient de noter tout d'abord que le Protocole facultatif ne se prononce pas sur l'admissibilité des réserves à ses dispositions. Conformément à l'article 19 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et aux principes du droit international coutumier, des réserves peuvent donc être faites pour autant qu'elles soient compatibles avec l'objet et le but de l'instrument concerné. La question qui se pose donc est de savoir si la réserve émise par la Trinité-et-Tobago peut être considérée comme compatible avec l'objet et le but du Protocole facultatif. 6.6 Dans son Observation générale No 24, le Comité a exprimé l'avis qu'une réserve visant à exclure de la compétence conférée au Comité par le Protocole facultatif certaines dispositions du Pacte ne satisfaisait pas à la condition susdite :

"La fonction [du premier Protocole facultatif] est de permettre que les réclamations dont [les droits énoncés dans le Pacte] peuvent faire l'objet soient présentées au Comité. En conséquence, une réserve touchant l'obligation d'un État de respecter et de garantir un droit énoncé dans le Pacte, formulée au titre du premier Protocole facultatif, alors qu'elle n'a pas été émise auparavant au titre du Pacte, ne porte pas atteinte au devoir de l'État de respecter ses obligations de fond. Une réserve ne peut être émise au Pacte par le biais du Protocole facultatif; ce type de réserve aurait pour effet d'obtenir que le Comité ne contrôlerait pas, en vertu du premier Protocole facultatif, la façon dont l'État remplit l'obligation considérée. Et comme l'objet et le but du premier Protocole facultatif sont de permettre au Comité de vérifier que les dispositions ayant force obligatoire pour les États sont bien appliquées, une réserve tendant à l'en empêcher serait contraire à l'objet et au but du premier Protocole, si ce n'est au Pacte" HRI/GEN/1/Rev.3, 15 août 1997, p. 50 et 51. (non souligné dans le texte).

6.7 La réserve en question ne vise pas à exclure de la compétence conférée au Comité par le Protocole facultatif une disposition particulière du Pacte mais l'ensemble du Pacte pour un groupe particulier de requérants, à savoir les détenus condamnés à mort. Elle n'en est pas pour autant davantage compatible avec l'objet et le but du Protocole facultatif. Au contraire, le Comité ne peut pas accepter une réserve qui vise expressément un groupe d'individus pour lui accorder une protection en matière de procédure moindre que celle dont bénéficie le reste de la population. De l'avis du Comité, cela constitue une discrimination qui va à l'encontre de certains principes fondamentaux consacrés dans le Pacte et les

Protocoles s'y rapportant; pour cette raison, la réserve ne peut être déclarée compatible avec l'objet et le but du Protocole facultatif. La conséquence est que le Comité n'est pas empêché d'examiner la présente communication en vertu du Protocole facultatif.

6.8 Le Comité, notant que l'État partie n'a contesté la recevabilité d'aucune des plaintes de l'auteur si ce n'est au motif de la réserve qu'il a formulée, estime que la plainte de l'auteur est suffisamment étayée pour être examinée quant au fond.

7. En conséquence, le Comité des droits de l'homme décide :

a) Que la communication est recevable [...]

TRAVAUX DIRIGES
DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
Chargés de travaux dirigés : Mme Victoria Bellami & M. Olivier Pedebay

SEANCE 4 : LA COUTUME

Documents :

- 1) CIJ, *Affaire du « Plateau continental de la mer du Nord » (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark)*, arrêt du 20 février 1969 (extraits).
- 2) CIJ, *Affaire des « Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci » (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (extraits).
- 3) CIJ, *Avis consultatif sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1966 (extraits).
- 4) ONU, *Rapport de la Commission du droit international. Soixante-dixième session (30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018), Texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier*, A/73/10, p. 125 et s.
- 5) M. BENCHIKH, Entrée « Coutume : norme à l'état gazeux », in H. Ascensio, P. Bodeau-Livinec, M. Forteau, F. Latty, J.-M. Sorel & M. Ubéda-Saillard (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Pedone, 2017, pp. 129-136.

Lectures conseillées :

J. A. BARBERIS, « Réflexion sur la coutume internationale », *A.F.D.I.*, vol. 36, 1990, pp. 10-15 et 18- 31 (disponible en ligne : <http://www.persee.fr/collection/afdi>).

P.-M. DUPUY, « Le juge et la règle générale », *R.G.D.I.P.*, 1989, t. 93, p. 585 et s.

P.-M. DUPUY, « A propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l'objecteur persistant », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, pp. 257-272.

P.-M. EISEMANN, « L'arrêt de la CIJ dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986, *A.F.D.I.*, 1986, pp. 153-191 (disponible en ligne : <http://www.persee.fr/collection/afdi>).

A. GATTINI, « Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale », in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE & J. E. VIÑUALES (dir.), *Unité et diversité du droit international – Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 253-273.

Exercice :

Dissertation : « La portée de la coutume en droit international »

Document n°1 - CIJ, Affaire du « Plateau continental de la mer du Nord » (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark), arrêt du 20 février 1969 (extraits).

76. Tout d'abord plus de la moitié des Etats intéressés, qu'ils aient agi unilatéralement ou conjointement, étaient, ou sont bientôt devenus, parties à la Convention de Genève et il est donc permis de supposer que leur action s'inscrivait en fait ou virtuellement dans le cadre de l'application de la Convention. On ne saurait donc légitimement en déduire qu'il existe une règle de droit international coutumier consacrant le principe de l'équidistance. Pour les Etats qui n'étaient pas et ne sont pas devenus depuis lors parties à la Convention, les raisons de leur action ne peuvent être que problématiques et restent entièrement du domaine de la conjecture. Il est clair que ces Etats n'appliquaient pas la Convention, mais il serait excessif d'en conclure qu'ils croyaient appliquer une règle de droit international coutumier à caractère obligatoire. Il n'existe pas le moindre indice en ce sens et, comme on l'a vu aux paragraphes 22 et 23, il ne manquait pas d'autres raisons de recourir à la méthode de l'équidistance, de sorte que le fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique.

77. L'élément essentiel à cet égard - il semble nécessaire de le souligner - est que, même si pareille attitude avait été beaucoup plus fréquente de la part des Etats non parties à la Convention, ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris* car, pour parvenir à ce résultat, deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique.

78. A cet égard la Cour fait sienne l'opinion de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du Lotus, telle qu'elle est énoncée dans le passage suivant, et dont le principe est applicable par analogie à la présente espèce presque mot pour mot mutatis mutandis : « même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver était une preuve suffisante du fait invoqué [...], il en résulterait simplement que les Etats se sont abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les Etats aient été conscients de pareil devoir ; par contre, il y a d'autres circonstances qui sont de nature à persuader du contraire. » Si l'on applique ce prononcé à la présente affaire, on doit simplement constater que dans certains cas peu nombreux des Etats sont convenus de tracer, ou ont tracé, les limites qui les concernent suivant le principe de l'équidistance. Rien ne prouve qu'ils aient agi ainsi parce qu'ils s'y sentaient juridiquement tenus par une règle obligatoire de droit coutumier, surtout si l'on songe que d'autres facteurs ont pu motiver leur action. [...]

81. La Cour conclut donc que, si la Convention de Genève n'était ni dans ses origines ni dans ses prémices déclaratoire d'une règle obligatoire de droit international coutumier imposant l'emploi du principe de l'équidistance pour la délimitation du plateau continental entre Etats limitrophes, elle n'a pas non plus par ses effets ultérieurs abouti à la formation d'une telle règle ; et que la pratique des Etats jusqu'à ce jour a également été insuffisante à cet égard.

Document n°2 - CIJ, *Affaire des « Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci » (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 (extraits).

172. La Cour doit maintenant aborder la question du droit applicable au présent différend. En prenant position sur la valeur de la réserve américaine relative aux traités multilatéraux, la Cour a été amenée à conclure qu'elle devait s'abstenir d'appliquer les conventions multilatérales invoquées par le Nicaragua à l'appui de ses demandes, sans préjudice, soit d'autres traités, soit des autres sources de droit mentionnées à l'article 38 du Statut. Afin de préciser le droit effectivement applicable au différend, elle doit en premier lieu déterminer les conséquences que l'exclusion de l'applicabilité des conventions multilatérales comporte quant à la définition du contenu du droit international coutumier demeurant applicable.

173. Selon les Etats-Unis, ces conséquences sont très vastes. Ils ont fait valoir ce qui suit :

« Il n'est pas possible de statuer sur les demandes que le Nicaragua prétend fonder sur le « droit international général et coutumier » sans recourir à la Charte des Nations Unies, source principale de ce droit [et] il n'est pas non plus possible de statuer sur ces demandes sans considérer le droit international particulier » établi par les conventions multilatérales en vigueur entre les Parties. »

Selon les Etats-Unis, il n'existerait pas d'autre droit international général et coutumier sur lequel le Nicaragua puisse fonder ses demandes que celui de la Charte des Nations Unies. En particulier, pour se prononcer sur le caractère licite ou non d'un recours à la force armée qui serait allégué, la Cour serait d'après eux contrainte de se reporter à la « principale source du droit international applicable », à savoir l'article 2, paragraphe 4, de la Charte. Bref, d'une manière plus générale, « les dispositions de la Charte des Nations Unies pertinentes en l'espèce résument et supplantent les principes du droit international général et coutumier en la matière ». Les Etats-Unis en concluent que, « comme la réserve relative aux traités multilatéraux interdit de statuer sur des demandes fondées sur de tels traités, elle exclut en totalité les demandes du Nicaragua ». Ainsi la réserve en question n'aurait pas seulement pour effet d'empêcher la Cour de statuer sur les demandes du Nicaragua en application des traités multilatéraux en question mais encore celui de l'empêcher d'appliquer toute règle du droit international coutumier dont le contenu serait également visé par une disposition de ces traités.

174. Dans son arrêt du 26 novembre 1984, la Cour s'est déjà exprimée brièvement sur cette argumentation. Contrairement aux vues soutenues par les Etats-Unis, elle a affirmé ne pouvoir

« rejeter les demandes nicaraguayennes fondées sur les principes du droit international général et coutumier au seul motif que ces principes sont repris dans les textes des conventions invoquées par le Nicaragua. Le fait [a ajouté la Cour] que les principes susmentionnés, et reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes du droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions. Des principes comme ceux du non-recours à la force, de la non-intervention, du respect de l'indépendance et de l'intégrité territoriale des Etats et de la liberté de navigation conservent un caractère obligatoire en tant qu'éléments du droit international coutumier, bien que les dispositions du droit conventionnel auxquels ils ont été incorporés soient applicables. » (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 424-425. par. 73.)

La Cour, étant maintenant parvenue au stade de la décision sur le fond, doit développer et préciser ces premières remarques. La Cour observe que, selon l'argumentation des Etats-Unis, elle devrait s'abstenir d'appliquer les règles du droit international coutumier parce que ces règles seraient « résumées » et « supplantées » par celles du droit conventionnel et notamment celles de la Charte des Nations Unies. Les Etats-Unis paraissent ainsi considérer que l'énonciation de principes dans la Charte des Nations Unies interdit d'admettre que des règles semblables puissent avoir une existence autonome dans le droit international coutumier, soit qu'elles aient été incorporées dans la Charte, soit que les dispositions de la Charte aient influencé l'adoption ultérieure de règles coutumières d'un contenu correspondant.

175. La Cour ne considère pas que, dans les domaines juridiques intéressant le présent différend, il soit possible de soutenir que toutes les règles coutumières susceptibles d'être invoquées ont un contenu exactement identique à celui des règles figurant dans les conventions dont le jeu de la réserve des Etats-Unis interdit l'applicabilité. Sur plusieurs points, les domaines réglementés par les deux-sources de droit ne se recouvrent pas exactement et les règles substantielles qui les expriment n'ont pas un contenu identique. Mais de plus, lors même qu'une norme conventionnelle et une norme coutumière intéressant le présent litige auraient exactement le même contenu, la Cour ne verrait pas là une raison de considérer que l'intervention du processus conventionnel doit nécessairement faire perdre à la norme coutumière son applicabilité distincte. Et la réserve relative aux traités multilatéraux ne peut pas non plus être interprétée comme signifiant que, si elle s'applique à un différend déterminé, elle exclut la prise en considération de toute règle coutumière d'un contenu identique ou analogue à celui de la règle conventionnelle dont l'application a fait jouer la réserve.

176. A propos de l'identité supposée des domaines recouverts par les deux sources de droit, la Cour observe que, s'agissant de la Charte des Nations Unies, sur laquelle les Etats-Unis fondent principalement leur argumentation, bien loin de couvrir la totalité du domaine de la réglementation de l'usage de la force dans les relations internationales ce traité renvoie lui-même, sur un point essentiel, au droit coutumier préexistant ; ce rappel du droit international coutumier est exprimé par le texte même de l'article 51 mentionnant le « droit naturel (en anglais « the inherent right ») de légitime défense, individuelle ou collective, auquel aucune disposition de la...Charte ne porte atteinte » et qui joue en cas d'agression armée. La Cour constate donc que l'article 51 de la Charte n'a de sens que s'il existe un droit de légitime défense naturel ou « inhérent », dont on voit mal comment il ne serait pas de nature coutumière, même si son contenu est désormais confirmé par la Charte et influencé par elle. De plus, ayant reconnu elle-même l'existence de ce droit, la Charte n'en régleme pas directement la substance sous tous ses aspects. Par exemple, elle ne comporte pas la règle spécifique - pourtant bien établie en droit international coutumier - selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter. D'autre part la définition de l'« agression armée » dont la constatation autorise la mise en œuvre du « droit naturel » de légitime défense n'est pas énoncée par la Charte et ne fait pas partie du droit conventionnel. Il n'est donc pas possible de soutenir que l'article 51 soit une disposition qui « résume et supprime » le droit international coutumier. Plutôt atteste-t-elle que, dans le domaine considéré, dont il n'est pas besoin de souligner l'importance pour le présent différend, le droit coutumier continue d'exister à côté du droit conventionnel. Les domaines réglementés par l'une et par l'autre source de droit ne se recouvrent donc pas exactement et les règles n'ont pas le même contenu. La démonstration pourrait être faite également à propos d'autres matières et en particulier du principe de non-intervention.

177. Mais, comme il a été indiqué plus haut (paragraphe 175), quand bien même la norme coutumière et la norme conventionnelle auraient exactement le même contenu, la Cour n'y verrait pas une raison de considérer que l'incorporation de la norme coutumière au droit conventionnel doit lui faire perdre son applicabilité distincte. L'existence de règles identiques en droit international conventionnel et coutumier a été clairement admise par la Cour dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. Dans une large mesure, ces affaires portaient même sur le point de savoir si une règle énoncée dans une convention existait aussi en tant que règle coutumière, soit parce que la convention n'aurait fait que codifier la coutume ou l'aurait « cristallisée », soit parce qu'elle aurait influencé son adoption ultérieure. La Cour a déclaré que cette identité de contenu entre le droit conventionnel et le droit international coutumier n'existait pas dans le cas de la règle invoquée, figurant dans un seul article du traité, mais elle n'a nullement prétendu qu'elle fût exclue par principe. Bien au contraire, il lui est apparu clairement que certains autres articles du traité en question étaient « considérés comme consacrant ou cristallisant des règles de droit international coutumier relatives au plateau continental, règles établies ou du moins en voie de formation » (C.I.J. *Recueil* 1969, p. 39, par. 63). Plus généralement, on ne voit aucune raison de penser que, lorsque le droit international coutumier est constitué de règles identiques à celles du droit conventionnel, il se trouve « supplanté » par celui-ci au point de n'avoir plus d'existence propre.

178. De nombreuses raisons conduisent à considérer que, même si deux normes provenant des deux sources du droit international apparaissent identiques par leur contenu, et même si les Etats considérés

sont liés par les règles en question sur les deux plans conventionnel et coutumier, ces normes conservent une existence distincte. Il en est ainsi du point de vue de leur applicabilité. Dans un différend juridique intéressant deux Etats, l'un d'eux peut faire valoir que l'applicabilité à sa propre conduite d'une règle conventionnelle dépend de la conduite de l'autre Etat à propos de l'application d'autres règles portant sur des matières différentes mais incluses dans la même convention. Par exemple, si un Etat exerce son droit de suspendre l'exécution d'un traité ou d'y mettre fin parce que l'autre partie a violé (aux termes de l'article 60, paragraphe 3 *h*), de la convention de Vienne sur le droit des traités) « une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité », il est dispensé d'appliquer une règle conventionnelle par rapport à l'autre Etat en raison du manquement à une règle conventionnelle différente commis par celui-ci. Mais si les deux règles en question existent aussi en droit international coutumier, le fait que l'un des Etats n'en a pas appliqué une ne justifie pas l'autre Etat à refuser d'appliquer la seconde. Par ailleurs, des règles identiques en droit conventionnel et en droit international coutumier se distinguent aussi du point de vue des méthodes employées pour leur interprétation et leur application. Un Etat peut accepter une règle contenue dans une convention non pas simplement parce qu'il est favorable à l'application de la règle elle-même, mais parce qu'en outre les institutions ou mécanismes prévus pour assurer le respect des règles de cette convention lui paraissent opportuns. Si la règle dont il s'agit correspond à une règle coutumière, deux règles de même contenu sont traitées différemment, pour ce qui est des organes chargés d'en contrôler la mise en œuvre, selon qu'elles sont l'une coutumière et l'autre conventionnelle. Le présent différend illustre ce point.

179. Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique. En conséquence, en déterminant le contenu du droit international coutumier applicable au présent différend, la Cour devra s'assurer que les Parties sont liées par les règles coutumières en question ; mais rien ne l'obligera à ne retenir ces règles que pour autant qu'elles seraient différentes des règles conventionnelles que la réserve américaine l'empêche d'appliquer dans le présent différend.

180. Durant la phase consacrée aux questions de compétence et de recevabilité, les Etats-Unis ont cependant présenté un autre argument à l'appui de leur thèse suivant laquelle la réserve relative aux traités multilatéraux ne permet pas à la Cour de connaître des demandes nicaraguayennes fondées sur le droit international coutumier. Les Etats-Unis ont souligné que les traités multilatéraux en cause renferment des normes juridiques que les Parties ont expressément acceptées comme régissant leurs droits et obligations réciproques, et que, en vertu du principe *pacta sunt servanda*, le comportement des Parties continuera d'être réglé par ces traités, quoi que la Cour puisse décider relativement au droit coutumier. Il en résulte, d'après les Etats-Unis, que la Cour ne peut se prononcer valablement sur les droits et obligations réciproques des deux Etats quand il ne lui est pas possible de faire référence à leurs droits et obligations conventionnels ; en effet, elle appliquerait alors des normes différentes de celles que les Parties sont convenues de suivre dans leurs relations internationales telles qu'elles existent.

181. La question soulevée par cet argument est donc de savoir si les dispositions des traités multilatéraux en cause, et en particulier celles de la Charte des Nations Unies, diffèrent des règles coutumières pertinentes au point qu'un arrêt par lequel la Cour statuerait sur les droits et obligations des parties au titre du droit international coutumier sans tenir compte du contenu des traités multilatéraux les liant réciproquement aurait un caractère totalement académique et ne serait pas « susceptible d'application ou d'exécution » (Cameroun septentrional, C.I.J. Recueil 1963, p. 37). La Cour n'est pas d'avis qu'il en soit ainsi. Comme il a été rappelé à propos de l'emploi de la force, les Etats-Unis eux-mêmes soutiennent qu'il y a identité totale entre les règles pertinentes du droit international coutumier et les dispositions de la Charte. La Cour n'a pas fait sienne une thèse aussi extrême, puisqu'elle a conclu (paragraphe 174) que sur plusieurs points les domaines réglementés par les deux sources de droit ne se recouvrent pas exactement et que les règles substantielles qui les expriment n'ont pas un contenu identique. Toutefois, fort loin d'avoir pris ses distances avec un droit international coutumier qui subsisterait tel quel, la Charte a, dans ce domaine, consacré des principes qui se trouvaient déjà dans le droit international coutumier, et celui-ci s'est développé dans les quarante années suivantes sous l'influence de la Charte, au point que bien des règles énoncées dans la Charte ont maintenant acquis un statut indépendant de celle-ci. La

considération essentielle est que la Charte et le droit international coutumier procèdent tous deux d'un principe fondamental commun bannissant l'emploi de la force des relations internationales. De l'avis de la Cour, les différences éventuelles entre leurs contenus propres ne sont pas telles qu'un arrêt limité au domaine du droit international coutumier se révélerait inefficace ou inadapté, ou encore insusceptible d'application ou d'exécution.

182. La Cour conclut qu'il lui appartient d'exercer la compétence que lui confère la déclaration d'acceptation faite par les Etats-Unis en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, afin de se prononcer sur les demandes du Nicaragua fondées sur le droit international coutumier, et cela bien que les différends résultant des chartes des Nations Unies et de l'Organisation des Etats américains échappent à sa juridiction.

183. Etant donné cette conclusion, la Cour doit maintenant identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend. Pour cela, elle doit examiner la pratique et l'*opinio juris* des Etats. Ainsi qu'elle l'a dit récemment :

« Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des Etats, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant. » (Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), C.I.J. Recueil 1985, p. 29-30, par. 27.)

A cet égard la Cour ne doit pas perdre de vue la Charte des Nations Unies ni celle de l'organisation des Etats américains, en dépit de l'entrée en jeu de la réserve relative aux traités multilatéraux. Bien que la Cour ne soit pas compétente pour décider si le comportement des Etats-Unis viole ces conventions, elle peut et doit en prendre en considération le contenu dans le cadre de l'identification du droit international coutumier que les Etats-Unis auraient également enfreint.

184. La Cour note qu'en fait les Parties semblent être largement d'accord, comme on le verra plus loin, sur la teneur du droit international coutumier relatif au non-emploi de la force et à la non-intervention. Cet accord des Parties ne dispense cependant pas la Cour de toute recherche des règles applicables de ce droit. La Cour ne saurait considérer des règles comme faisant partie du droit international coutumier et applicables en tant que telles à des Etats simplement parce que ceux-ci affirment les reconnaître. La Cour, à laquelle l'article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit », ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale. Lorsque deux Etats conviennent d'incorporer dans un traité une règle particulière, leur accord suffit pour qu'elle fasse loi entre eux ; mais dans le domaine du droit international coutumier il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des Etats est confirmée par la pratique.

185. Dans le présent différend la Cour, tout en n'exerçant sa compétence qu'à propos de l'application des règles coutumières relatives au non-recours à la force et à la non-intervention, ne saurait ignorer le fait que les Parties sont liées par ces règles aussi bien sur le plan conventionnel que sur le plan coutumier. En outre, aux engagements conventionnels des Parties concernant les règles en question s'ajoutent en l'espèce plusieurs reconnaissances de leur validité en droit international coutumier, qu'elles ont exprimées par d'autres moyens. C'est donc à la lumière de cet élément subjectif - selon l'expression employée par la Cour en son arrêt de 1969 dans les affaires du Plateau continental de la mer du Nord (C.I.J. Recueil 1969, p. 44) - que la Cour doit évaluer la pratique pertinente.

186. Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique, en ce sens que les Etats s'abstiendraient, avec une entière constance, de recourir à la force ou à l'intervention dans les affaires intérieures d'autres Etats. La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment

leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle. Si un Etat agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet Etat puisse ou non se justifier en fait sur cette base.

Document n°3 - CIJ, *Avis consultatif sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1966 (extraits).

64. La Cour passera maintenant à l'examen du droit international coutumier à l'effet d'établir si on peut tirer de cette source de droit une interdiction de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Ainsi que la Cour l'a déclaré, la substance du droit international coutumier doit « être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des Etats » (*Plateau continental (Jarnahiriyu arabe libyenne/Malte)*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1985, p. 29, par. 27).

65. Les Etats qui soutiennent que l'utilisation d'armes nucléaires est illicite se sont employés à démontrer l'existence d'une règle coutumière portant interdiction de cette utilisation. Ils se réfèrent à une pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires par les Etats depuis 1945 et veulent voir dans cette pratique l'expression d'une *opinio juris* des détenteurs de ces armes.

66. Certains autres Etats, qui affirment la licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires dans certaines circonstances, ont invoqué à l'appui de leur thèse la doctrine et la pratique de la dissuasion. Ils rappellent qu'ils se sont toujours réservé, de concert avec certains autres Etats, le droit d'utiliser ces armes dans l'exercice du droit de légitime défense contre une agression armée mettant en danger leurs intérêts vitaux en matière de sécurité. A leurs yeux, si les armes nucléaires n'ont pas été utilisées depuis 1945, ce n'est pas en raison d'une coutume existante ou en voie de création, mais simplement parce que les circonstances susceptibles de justifier leur emploi ne se sont heureusement pas présentées.

67. La Cour n'entend pas se prononcer ici sur la pratique dénommée « politique de dissuasion ». Elle constate qu'il est de fait qu'un certain nombre d'Etats ont adhéré à cette pratique pendant la plus grande partie de la guerre froide et continuent d'y adhérer. De surcroît, les membres de la communauté internationale sont profondément divisés sur le point de savoir si le non-recours aux armes nucléaires pendant les cinquante dernières années constitue l'expression d'une *opinio juris*. Dans ces conditions, la Cour n'estime pas pouvoir conclure à l'existence d'une telle *opinio juris*.

68. Selon certains Etats, l'abondante série de résolutions de l'Assemblée générale qui, depuis la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, ont trait aux armes nucléaires et affirment avec une constante régularité l'illicéité des armes nucléaires traduit l'existence d'une règle de droit international coutumier qui prohibe le recours à ces armes. Selon d'autres Etats, cependant, ces résolutions n'ont aucun caractère obligatoire par elles-mêmes et ne sont déclaratoires d'aucune règle coutumière d'interdiction de l'arme nucléaire; certains de ces Etats ont également fait observer que cette série de résolutions non seulement n'a pas été approuvée par la totalité des Etats dotés d'armes nucléaires, mais ne l'a pas davantage été par de nombreux autres Etats.

69. Les Etats qui considèrent que l'emploi d'armes nucléaires est illicite ont indiqué que ces résolutions ne prétendaient pas créer de nouvelles règles, mais se bornaient à confirmer le droit coutumier relatif à la prohibition des moyens ou méthodes de guerre qui excèdent, par leur utilisation, les limites de ce qui est autorisé dans la conduite d'hostilités. Ils sont d'avis que les résolutions considérées n'ont fait qu'appliquer aux armes nucléaires les règles existantes du droit international applicable dans les conflits armés; elles n'auraient constitué que l'« enveloppe » ou l'*instrumentum* contenant des règles coutumières de droit international déjà existantes. Pour ces Etats, il importerait donc peu que l'*instrumentum* se soit heurté à des votes négatifs, qui ne peuvent avoir pour effet d'annihiler ces règles coutumières, confirmées par le droit conventionnel.

70. La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle.

71. Si on les considère dans leur ensemble, les résolutions de l'Assemblée générale invoquées devant la Cour déclarent que l'emploi d'armes nucléaires serait «une violation directe de la Charte » et, dans certaines versions, que cet emploi «doit ... être interdit »; dans ces résolutions, l'Assemblée générale a parfois mis l'accent, plutôt, sur diverses questions connexes. Plusieurs résolutions dont il est question en l'espèce ont cependant été adoptées avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions. Ainsi, bien que lesdites résolutions constituent la manifestation claire d'une inquiétude profonde à l'égard du problème des armes nucléaires, elles n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes.

72. La Cour note par ailleurs que la première des résolutions de l'Assemblée générale à avoir proclamé expressément l'illicéité du recours à l'arme nucléaire - la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961 (mentionnée dans des résolutions ultérieures) -, après avoir fait référence à certaines déclarations internationales et à certains accords obligatoires allant de la déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 au protocole de Genève de 1925, a procédé à une qualification de la nature juridique de l'arme nucléaire, à une détermination de ses effets et à l'application de règles générales du droit international coutumier à l'arme nucléaire en particulier. Cette application par l'Assemblée de règles générales du droit coutumier au cas particulier de l'arme nucléaire indique qu'à ses yeux il n'existait pas de règle spécifique de droit coutumier interdisant l'emploi de l'arme nucléaire; si une telle règle avait existé, l'Assemblée générale aurait, en effet, pu se contenter de s'y référer et n'aurait pas eu à se livrer à un tel exercice de qualification juridique.

73. Cela étant, la Cour observera que l'adoption chaque année par l'Assemblée générale, à une large majorité, de résolutions rappelant le contenu de la résolution 1653 (XVI) et priant les Etats Membres de conclure une convention interdisant l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance est révélatrice du désir d'une très grande partie de la communauté internationale de franchir, par une interdiction spécifique et expresse de l'emploi de l'arme nucléaire, une étape significative sur le chemin menant au désarmement nucléaire complet. L'apparition, en tant que *lex lata*, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre, d'une part, une *opinio juris* naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion. [...]

75. De nombreuses règles coutumières se sont développées, de par la pratique des Etats, et font partie intégrante du droit international pertinent en l'espèce. Il s'agit des «lois et coutumes de la guerre» - selon l'expression traditionnelle - qui furent l'objet des efforts de codification entrepris à La Haye (conventions de 1899 et de 1907 notamment) et se fondaient partiellement sur la déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 ainsi que sur les résultats de la conférence de Bruxelles de 1874. Ce « droit de La Haye », et notamment le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, fixe les droits et les devoirs des belligérants dans la conduite des opérations et limite le choix des moyens de nuire à l'ennemi dans les conflits armés internationaux. Il convient d'y ajouter le « droit de Genève » (les conventions de 1864, de 1906, de 1929 et de 1949), qui protège les victimes de la guerre et vise à sauvegarder les membres des forces armées mis hors de combat et les personnes qui ne participent pas aux hostilités.

Ces deux branches du droit applicable dans les conflits armés ont développé des rapports si étroits qu'elles sont regardées comme ayant fondé graduellement un seul système complexe, qu'on appelle aujourd'hui droit international humanitaire. Les dispositions des protocoles additionnels de 1977 expriment et attestent l'unité et la complexité de ce droit.

Document n°6 - ONU, *Rapport de la Commission du droit international. Soixante-dixième session (30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018), Texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier*, A/73/10, p. 125 et s.

1. Texte des projets de conclusion

65. Le texte des projets de conclusion adoptés par la Commission, en seconde lecture, à sa soixante-dixième session est reproduit ci-après.

Détermination du droit international coutumier

Première partie

Introduction

Conclusion 1

Portée

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

Deuxième partie

Approche fondamentale

Conclusion 2

Deux éléments constitutifs

Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Conclusion 3

Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle et des circonstances propres à chacun de ces moyens.

2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

Troisième partie

Pratique générale

Conclusion 4

Exigence d'une pratique

1. L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier signifie que c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

Conclusion 5

Comportement de l'État en tant que pratique de l'État

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Conclusion 6

Formes de pratique

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.

2. Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.

3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

Conclusion 7

Appréciation de la pratique d'un État

1. Il convient de prendre en compte toute la

pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit, selon les circonstances.

Conclusion 8

La pratique doit être générale

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.

2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Quatrième partie

Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

Conclusion 9

Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.

2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

Conclusion 10

Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.

3. L'absence de réaction s'étendant dans le

temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

Cinquième partie

Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier

Conclusion 11

Traités

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :

a) A codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;

b) A abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou

c) A servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.

2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

Conclusion 12

Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.

2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une

pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Conclusion 13

Décisions de juridictions

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier

constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Conclusion 14

Doctrine

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

Sixième partie

Objecteur persistant

Conclusion 15

Objecteur persistant

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.

2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

3. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de toute question concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

Septième partie

Droit international coutumier particulier

Conclusion 16

Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.

2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qu'ils acceptent comme étant le droit (*opinio juris*) applicable entre eux.

Dictionnaire des idées reçues en droit international

*Pensé et compilé
sous la responsabilité complice de :*

Hervé ASCENSIO
Pierre BODEAU-LIVINEC
Mathias FORTEAU
Franck LATTY
Jean-Marc SOREL
Muriel UBÉDA-SAILLARD

En clin d'œil amical à Alain PELLET

Editions PEDONE

depuis les années 1980, et la prudence dont elle a fait preuve a été source de confiance. Lorsque la Cour développe le droit, c'est après une délibération intensive et tout prononcé en ce sens devra s'appuyer sur une majorité solide en son sein.

La procédure de délibéré de la Cour ne garantit pas qu'elle rende les meilleures décisions ; elle empêche certainement qu'elle en rende de mauvaises. La prudence de la Tortue touche ici à une autre caractéristique essentielle de la Cour internationale de Justice : sa permanence. Arrêt après arrêt, elle construit une jurisprudence qui se développe à chaque saisine. Les effets de la prudence judiciaire doivent dès lors être évalués sur le long terme et l'apport de la Cour au développement progressif du droit international ne saurait se réduire uniquement à telle ou telle décision particulière. Rien ne sert de courir, il faut partir à point.

La prudence apparaît dès lors comme une vertu, telle que conçue par Aristote ou Saint Thomas d'Aquin. Elle est l'un des préalables au développement progressif du droit comme l'avait relevé Nguyen Quoc Dinh, pour qui le juge international « exerce son rôle et son pouvoir dans un milieu où un peu d'audace est tolérable à condition d'être tempérée par une grande prudence ».

David K. NANOPOULOS*

Coutume : norme à l'état gazeux

La coutume comme règle de droit international est à première vue facile à définir, d'autant qu'il existe une disposition d'un traité international largement ratifié qui en donne les éléments essentiels. En effet l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qui énumère les règles de droit international que celle-ci doit appliquer dispose : « La Cour ... applique : (b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit... ». La coutume est donc une pratique acceptée par les Etats pour régir juridiquement leurs relations. Pour le coup, on pourrait dire que cette définition est une idée « bien » reçue. « Pratique » et aussi « acceptation » de cette pratique « comme étant le droit », voilà qui permet à tout le monde d'afficher un bel accord pour affirmer que la coutume comprend deux éléments : l'un « matériel » constitué par des pratiques répétées et l'autre psychologique, intentionnel, appelé « *opinio juris sive necessitatis* ». Rien de plus concret, de moins volatil qu'une pratique pour servir de base à une règle de droit. Pourtant on continue à trouver bien des mystères dans l'éclosion de la coutume à la vie juridique, ce qui autorise les promoteurs du présent « Dictionnaire des idées reçues », sans doute un brin persifleurs, à la définir comme une « norme à l'état gazeux ». Telle que définie par l'article 38 précité et par la majorité de la doctrine la coutume est envisagée, si l'on peut dire, avec ses deux jambes constituées par la pratique et par l'intention, la volonté ou la prise de conscience de faire de cette pratique une règle de droit. Mais cet optimisme ignore l'ingéniosité des juristes et les capacités du diable à ériger des montagnes sur des détails. Plus sérieusement, « la théorie » des deux éléments peut aider dans l'analyse du processus de formation de la coutume à condition de ne pas perdre de vue que les deux jambes ne servent à rien si elles sont conçues comme des éléments indépendants. A moins que derrière les controverses sur les détails ne gisent en réalité des divergences importantes sur les fondements du droit international dont la coutume est une des voies de formation.

Concernant l'élément matériel, les difficultés que l'on rencontre en étudiant la coutume ne soulèvent pas vraiment de controverses. Mais l'absence de controverses, contrairement à l'idée reçue, ne signifie pas toujours que tout est clair, surtout si on oublie que les deux jambes nécessaires à la formation de la coutume n'ont de sens que si elles permettent au corps d'avancer ou au moins de tenir debout. C'est dire que l'étude séparée de l'élément matériel et de l'élément intentionnel ou psychologique ne doit pas aboutir à les faire « vivre » séparément. La « théorie » des deux éléments ne peut être qu'une méthode d'approche d'un processus dont ensuite il faut rétablir l'unité. L'étude théorique a besoin d'abstraction, mais il faut prendre garde que l'abstraction ne fasse oublier la réalité. Dans le cas contraire on aboutira à faire marcher la coutume sur la tête en développant par exemple l'idée que la coutume peut être formée soit par le seul *opinio juris*, la coutume serait alors une sorte de volonté de l'Etat qui navigue dans le vide, soit par la seule pratique sans aucune volonté de l'Etat de lui donner un effet obligatoire.

C'est bien connu, et ce n'est pas seulement une idée reçue, toutes les pratiques ne sont pas des règles coutumières de droit international. A titre d'exemple, certaines d'entre elles ne sont que des actes de courtoisie. Il y a en effet des pratiques qui ne sont que des offres éphémères ou durables que même les Etats qui en sont les auteurs n'entendent pas considérer comme obligatoires. Ainsi, des passages en douane sans contrôle en faveur des détenteurs de passeport diplomatique ne créent, malgré une pratique répétée ou continue, aucune règle coutumière. On le sait les conventions de codification sur les relations diplomatiques en 1961 et sur les relations consulaires en 1963 ont permis une utile clarification puisque certains usages n'ont pas été codifiés par ces conventions. En tout cas la jurisprudence, notamment celle de la Cour internationale de Justice, a dessiné peu à peu les contours ou les caractères que doit revêtir une pratique pour entrer au panthéon des coutumes internationales obligatoires. Sans retenir le caractère « immémorial » avancé par la CPIJ dans son avis du 8 décembre 1927, la Cour internationale de Justice exige « un usage constant et uniforme » (*Affaire du droit d'asile*, 20 novembre 1950), ou une pratique « prolongée et continue » ou « constante et uniforme » (*Affaire du droit de passage en territoire indien*, 12 avril 1960). Mais les choses évoluent et se compliquent lorsque la Cour internationale de

Justice, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, considère : « Le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier ». Il faut dire que la Cour ajoute aussitôt : « Il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des Etats, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée » (Arrêt du 20 février 1969). Peu de temps auparavant en 1961, l'envoi de Gagarine par l'URSS dans l'espace extra-atmosphérique fait dire à tout le monde qu'une seule pratique peut faire naître une règle coutumière. En fait la doctrine occidentale et de nombreux gouvernants avaient un peu peur d'une domination soviétique sur l'espace extra-atmosphérique or, en tout cas sur ce sujet, ni la doctrine, ni les gouvernants soviétiques, ne voulaient faire peur ! Un accord peut se construire dans des conditions diverses ! Mais tout cela se fait sans écrit formel ou dira-t-on « tacitement » même si les pratiques peuvent faire du bruit et parfois être accompagnées de discours plus ou moins tonitruants.

Au fil du temps, d'autres précisions jurisprudentielles adapteront aux conditions de notre temps les caractères de la pratique pour qu'elle puisse être considérée comme une règle de droit international (M. Kohen, « La pratique et la théorie des sources du droit international, colloque SFDI, Pedone, 2004, p. 96). Sans que cela ait provoqué, tout compte fait, de graves « déchirements » doctrinaux. (L. Boisson de Chazournes, « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? », Colloque SFDI, Pedone, 2004, p. 19 et s.). On peut cependant constater que ni la Cour, ni la majorité des auteurs n'explicitent pourquoi dans certains cas il faut une longue période et dans d'autres « un bref laps de temps » pour qu'une pratique devienne une règle coutumière. Ce qui contribue sans doute à ajouter un peu plus de « mystère » à la formation de la règle coutumière, mystère qu'invoquent toujours les partisans du courant sociologique. Pourtant, le temps bref ou long, nécessaire pour la formation de l'obligation, ne peut être ni mystérieux, ni relever du hasard, à moins de penser que l'exercice de la souveraineté n'est pas une chose sérieuse. En fait le temps nécessaire au passage d'une pratique, simple usage non obligatoire, à une coutume de droit international n'a de sens que s'il est relié à la formation du

consentement et à sa maturation. Le temps ne doit donc pas être analysé comme une sorte de facteur mécanique qui change au gré du vent. Les Etats n'ont besoin ni de plus, ni de moins de temps qu'il ne leur est nécessaire pour se mettre d'accord et donner un effet obligatoire à une pratique, tout au moins dans un monde où l'on respecte la règle de l'égalité souveraine. On ne peut reprendre ici tous les développements que l'on a consacrés à ce sujet (M. Benchikh, *Droit international public*, Editions Casbah, Alger, 2016, pp. 460-480). On notera seulement ici que c'est peut-être le silence fait sur cette relation entre le facteur temps et l'expression du consentement qui amortit les éventuels désaccords sur ce sujet. Relier le temps, nécessaire à la formation de la coutume, à l'expression de la volonté de l'Etat pour se lier juridiquement conduit directement aux interrogations sur la nature et la place de l'*opinio juris* dans la formation de la coutume.

Le consentement ou élément intentionnel, schématisé plus haut comme la deuxième jambe de la coutume, semble faire lui aussi l'unanimité, tout au moins en apparence : une pratique ne devient règle coutumière que si l'Etat la revêt de son *opinio juris*. La jurisprudence de la CIJ et la plupart des auteurs sont dans ce sens. Cette affirmation, envisagée avec cette généralité, est présente dans les arrêts de la Cour internationale de Justice et dans la doctrine la plus connue. On verra pourtant qu'il s'agit là, en tout cas sur le plan doctrinal, d'une unanimité de façade.

La jurisprudence de la Cour relative à la place et au rôle de l'*opinio juris* semble assez claire et constante malgré des intonations variées que nous ne pouvons pas reprendre ici. Quelques exemples que reprennent volontiers la plupart des auteurs suffisent pour illustrer la place centrale de l'*opinio juris* dans la formation de la règle coutumière. Ainsi l'arrêt relatif au *Droit de passage en territoire indien* selon lequel pour déterminer l'existence d'une règle coutumière la Cour doit « examiner la question de la portée juridique de la pratique... et rechercher si cette pratique exprimait le commun accord des deux parties » (CIJ Rec. 1960, p.15). Dans l'*Affaire du droit d'asile* (CIJ Rec. 1950), la Cour considère que le comportement du Pérou qui a refusé de ratifier la Convention de Montevideo qui contenait le droit de qualification des actes accomplis par le

demandeur d'asile est une preuve de sa volonté de ne pas accepter, en ce qui le concerne, l'existence d'une règle coutumière. La même méthode est employée par la Cour dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* (CIJ Rec. 1969) lorsqu'elle utilise le refus de l'Allemagne de ratifier la Convention de Genève qui contenait la règle de l'équidistance, comme la preuve du non consentement de l'Allemagne à la formation d'une règle coutumière sur la base de cette pratique.

Il peut même arriver que les divers courants, dans des sens opposés, revendiquent le fameux arrêt relatif à la délimitation du *Plateau continental de la mer du Nord* selon lequel « non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature et la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit... Les Etats doivent avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique... » (CIJ Rec. 1969, p. 44). A première vue la Cour semble sur la même position qu'en 1960 dans l'affaire précitée du *Droit de passage en territoire indien* ou dans l'affaire plus lointaine du *Droit d'asile* de 1950. Dans tous ces cas il faut, d'après la Cour, que la pratique soit acceptée comme « étant le droit ».

Pourquoi dans ces conditions subsiste-t-il de fortes divergences doctrinales ? Sans pouvoir reprendre ici tous les éléments du débat, deux courants doctrinaux s'opposent en ce qui concerne la place de la volonté de l'Etat dans la formation de la coutume. Pour les volontaristes, tous courants confondus même si l'on ne doit pas ignorer les nuances ou les différences, compte tenu de la règle de l'égalité souveraine c'est l'expression de la volonté de l'Etat souverain qui fait d'une pratique une règle obligatoire du droit international coutumier. De D. Anzilotti à G. Tunkin, à Ch. Chaumont, J. Salmon, S. Laghmani ou plus modestement nous-même, cette conception de la règle coutumière est largement illustrée.

Mais pour les auteurs du courant sociologique, ce n'est pas vraiment l'Etat qui donne son accord ou exprime sa volonté, mais les nécessités sociales, les contraintes ou les solidarités sociales qui obligent l'Etat à s'adonner à une pratique en considérant celle-ci comme une obligation

juridique. Comme l'écrit clairement le dédicataire de ce travail, le professeur A. Pellet dans son cours à l'Académie du Brésil : « ... si la volonté de l'Etat n'est pas totalement absente du processus coutumier, elle est loin d'en constituer le substratum. Encore une fois, une norme coutumière s'impose aux Etats qu'elle lie, non pas parce qu'ils l'ont voulue, mais parce qu'ils ont conscience, que cela leur plaise ou non, qu'ils sont liés par elle et cela est tout différent » (*Annuaire brésilien de droit international*, 2007, p. 69). La règle de droit serait en quelque sorte préexistante à l'expression de la volonté de l'Etat.

On peut donc d'après le courant sociologique se passer de la volonté ou de l'accord des Etats pour créer une règle coutumière obligatoire. Autrement dit, quel que soit le comportement de l'Etat, ce sont les nécessités ou solidarités sociales qui déterminent son *opinio juris* et non son expression de volonté. Les volontaristes peuvent donc avancer tous les arguments qu'ils voudront pour illustrer l'expression de la volonté de l'Etat, aucun argument ne peut empêcher les auteurs du courant sociologique d'affirmer que derrière cette volonté, il y a les nécessités sociales. L'Etat agirait en quelque sorte soit en prenant conscience des nécessités sociales internationales soit en adhérant aux solidarités du même ordre ... « à l'insu de son plein gré ». Mais on ne dit pas clairement ce que sont les « nécessités sociales internationales ». Peut-être y a-t-il là une influence non explicite de vieilles conceptions de la formation de la coutume dans les sociétés internes ! Même si la sociologie moderne clarifie bien des aspects de la formation d'une coutume dans un milieu social. Certains auteurs feront référence aux rapports de force à l'échelle internationale pour donner un peu de corps à la nébuleuse des nécessités sociales internationales. Comme le soulignent d'autres auteurs, par exemple J. Salmon dans son cours euro-méditerranéen (Banceja, volume VI, 2002, pp. 62 et s.) ou nous-même (*op. cit.*, pp. 460 et s.), les nécessités sociales et les rapports de forces peuvent jouer dans toutes les relations internationales y compris dans la négociation et la ratification des traités. On comprend du même coup pourquoi, pour de nombreux auteurs qui se revendiquent plus ou moins clairement du courant sociologique, le processus de formation de la coutume est « spontané » et comporte quelque chose de mystérieux (voir pour une excellente synthèse qui adhère au courant sociologique, A. Mahiou,

RCADI, 2009, p. 320). On peut dans ces conditions supposer que les auteurs qui soutiennent, comme nous, que les nouveaux Etats en développement ont, dans l'ensemble, accepté les règles générales de droit international notamment en adhérant à la Charte des Nations Unies ne seront pas suivis par les partisans du courant sociologique qui soutiendront que ces coutumes sont « objectivement » obligatoires. Pourtant, la remise en cause par les nouveaux Etats de « la théorie » des droits acquis ne peut tout de même pas être considérée comme une remise en cause globale du droit international coutumier, sans regarder sérieusement la réalité. Les auteurs du courant sociologique ne retiendront non plus ni les arguments de G. Arangio-Ruiz (« Customary Law: A Few More Thoughts about Theory of 'Spontaneous' International Custom », in *Mélanges J. Salmon, Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 93-124), ni les nôtres (*op. cit.*, pp. 460 et s.) lorsque nous indiquons qu'à notre époque le développement des moyens de communications, les revendications et les exigences de transparence dans l'exercice de la souveraineté, les progrès en matière de démocratie et de droits humains et plus généralement l'attachement des Etats aux intérêts nationaux fragilisent les idées de « spontanéité » et de « mystère » dans le processus de formation de la coutume. Mais pas au point de faire oublier l'état « gazeux » que conforte l'absence d'un papyrus qui attesterait, comme l'aiment de nombreux juristes, de la matérialité palpable de l'accord des Etats.

Il reste cependant que, derrière les controverses doctrinales sur la naissance de la règle coutumière, gisent des divergences fortes relatives aux fondements et aux conceptions du droit international qui appellent les divergences comparables à propos de la règle *Pacta sunt servanda* et du fondement de l'effet obligatoire des traités. Ce qui nous incite à considérer que lorsqu'il s'agit des problèmes essentiels de notre monde, les divergences entre les auteurs ou entre les Etats à propos du fondement des règles de droit tiennent plus aux différences de conceptions des intérêts en ce qui concerne les situations, intérêts économiques ou projets politiques et philosophiques envisagés qu'à la nature « gazeuse » ou à la rugosité matérielle des supports de ces règles...

TRAVAUX DIRIGES
DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
Chargés de travaux dirigés : Mme Victoria Bellami & M. Olivier Pedebay

SEANCE 5 : LA PROTECTION DIPLOMATIQUE
--

Documents :

- 1) CPJI, *Affaire des « concessions Mavrommatis en Palestine » (Grèce c. Royaume-Uni)*, arrêt du 30 août 1924 (extraits).
- 2) CIJ, *Affaire « Nottebohm » (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955 (extraits).
- 3) CIJ, *Affaire « Barcelona Traction » (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970 (extraits).
- 4) CIJ, *Affaire « LaGrand » (Allemagne c. Etats-Unis)*, arrêt du 27 juin 2001 (extraits).
- 5) CIJ, *Affaire « Avena et autres ressortissants mexicains » (Mexique c. Etats-Unis)*, arrêt du 31 mars 2004 (extraits).
- 6) CIJ, *Affaire « Ahamadou Sadio Diallo » – exceptions préliminaires (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 24 mai 2007 (extraits).
- 7) Cour EDH, Grande Chambre, *Affaire « Chypre c. Turquie »* (satisfaction équitable), arrêt du 12 mai 2014 (extraits).
- 8) S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherche sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, pp. 11-12.

Lectures conseillées :

O. DE FROUVILLE, « Affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : Le roman inachevé de la protection diplomatique », *AFDI*, vol. 53, 2007, pp. 291-327, disponible sur : https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2007_num_53_1_3980.

C. DOMINICE, « Regard actuel sur la protection diplomatique », in : *Liber Amicorum Claude Reymond – Autour de l'arbitrage*, Litec, Paris, 2004, pp. 73-81.

S. GARIBIAN, « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 119-141, disponible sur : https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2008_num_54_1_4019.

H. MEUNIER, « Le fondement de la protection diplomatique : pour une nouvelle approche au moyen de la distinction entre préjudice et dommage », *AFDI*, vol. 59, 2013, pp. 223-255, disponible sur : https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2013_num_59_1_4818.

Exercice :
Cas pratique

Cas pratique

1. Né à Liège en 1982, Leonard Cooper est un ressortissant de l'Etat Belge. A l'issue d'études de commerce brillamment menées à Bruxelles, il accepte en 2008 un prestigieux poste de responsable des ventes internationales au sein d'une compagnie pétrolière indienne. En mars 2013, lassé par d'interminables voyages d'affaires, il décide d'entreprendre un séjour de 4 semaines en Namibie, destination pour laquelle il a toujours manifesté un vif intérêt. Séduit par les richesses qu'offre la Namibie sur le plan de sa structure géologique, il se montre déterminé à se lancer dans l'exploitation des mines de cuivre de la région du Damaraland.

2. Après avoir donné sa démission, M. Cooper constitue à Windhoek - capitale namibienne - la société Westeros, société privée à responsabilité limitée (SPRL) de droit namibien. La société, dont une filiale se déploie dans la ville de Khorixas, se spécialise dans l'extraction hydrométallurgique du cuivre. M. Cooper procède ainsi à de sérieux investissements et fait l'acquisition de nombreux biens nécessaires au développement de son exploitation. Il se rend également propriétaire d'une magnifique villa, à quelques kilomètres seulement de la zone d'exploitation.

3. En outre, il conclut le 2 janvier 2014 avec l'Etat namibien plusieurs contrats de concession, exploitation, d'électricité et d'approvisionnement. Le contrat de concession prévoit notamment en son article 8 – et ce à la demande des autorités namibiennes – que « *le concessionnaire étranger s'engage à ne pas demander la protection diplomatique de son Etat d'origine en cas de litige* ». Par crainte de devoir repousser le lancement de ses activités à une date ultérieure en cas de renégociations, M. Cooper accepte les termes du contrat.

4. L'extraction du cuivre démarre. Après quelques mois, Westeros s'inscrit déjà comme une référence dans le domaine. Les discussions vont bon train dans la presse namibienne quant à une extension du domaine d'exploitation et Leonard multiplie les explorations du territoire dans le but d'identifier de nouvelles zones exploitables. Leonard fait preuve de formidables capacités d'adaptation et, lors de ses déplacements réguliers à Bruxelles, il parvient même parfois à formuler quelques phrases en Oshiwambo, langage répandue au Nord de la Namibie, laissant place à la surprise des membres de sa famille.

5. Au cours d'un dîner arrosé en compagnie de certaines autorités politiques locales particulièrement influentes, Leonard se voit suggérer l'hypothèse d'une naturalisation. Il entame une procédure administrative en ce sens et obtient le 12 juillet 2014 la nationalité namibienne par voie de naturalisation.

6. Suite à l'élection le 3 décembre 2014 d'un nouveau Président issu du parti politique « Nation's Revival », la Namibie entreprend une vaste politique de nationalisation des compagnies d'exploitation de cuivre. M. Cooper fait alors l'objet de mesures de séquestres et d'expropriation par le Gouvernement de Namibie. Les nouvelles règles en vigueur ont pour effet de le déposséder d'une grande partie de ses biens, en contrepartie d'une indemnisation qu'il juge manifestement insuffisante. Le 24 décembre 2014, le chef d'entreprise décide d'exprimer ses réserves sur les ondes d'une radio nationale et multiplie les critiques à l'égard de l'exécutif namibien. Le 25 décembre 2014 dès l'aube, Leonard assiste à l'irruption des autorités policières dans sa villa de Khorixas. Peu disposé à se livrer aux autorités, M. Cooper fait l'objet de sérieuses brutalités policières et finit par être incarcéré au motif qu'il refuse de se conformer à la loi namibienne sur la nationalisation des compagnies d'exploitation de cuivre.

Il sera finalement libéré, non sans avoir été privé de nourriture durant la majorité de son séjour en garde à vue.

7. M. Cooper saisit les juridictions namibiennes afin de contester la légalité des mesures étatiques dont il a fait l'objet, aussi bien sur le plan des atteintes à son intégrité physique que sur celui du défaut d'indemnisation juste et équitable à l'issue de la procédure de nationalisation de sa compagnie. Les juridictions de première instance, saisies le 30 janvier 2015, statuent en sa défaveur. La décision est confirmée par la Haute Cour le 26 mars 2015.

8. A l'issue du procès, Leonard ne parvient pas à dissimuler sa colère aux chaînes de télévision namibiennes face à ce qu'il qualifie d' « acte de mauvaise foi juridictionnelle ». Remettant en cause la partialité des juges en des termes injurieux, il est immobilisé par les autorités policières et mis en détention provisoire pour une durée de 5 semaines durant lesquelles il a les plus grandes difficultés à contacter son avocat. La décision de la Haute Cour devient définitive, faute pour Léonard d'avoir saisi à temps la Cour suprême. Les charges retenues contre Léonard finiront par être abandonnées.

Annexes

1. Article 8 de la loi organique namibienne relative à la procédure juridictionnelle applicable devant la Cour suprême : « *La Cour suprême ne peut être saisie que durant les 30 jours suivant la décision rendue en appel par la Haute Cour* ».

2. L'Etat de Namibie est partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 et au Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques dont l'article 1 dispose que « *Tout Etat partie au Pacte qui devient partie au présent Protocole reconnaît que le Comité a compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation, par cet Etat partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte* ».

En vous référant aux règles relatives à la protection diplomatique en droit international, vous envisagerez l'ensemble des hypothèses susceptibles de se présenter en vous interrogeant plus particulièrement :

- sur la confrontation des conditions de validité d'une réclamation en protection diplomatique aux particularités du cas d'espèce,
- sur la possibilité pour la Belgique de mettre en œuvre le mécanisme de la protection diplomatique à l'égard de M. Cooper et sur les différentes voies que ce mécanisme est susceptible d'emprunter. Dans l'affirmative, la voie juridictionnelle – celle d'un éventuel recours à la C.I.J. - sera par exemple envisagée, en supposant qu'un accord aura été trouvé entre les deux Etats quant à la juridiction obligatoire de la Cour s'agissant du différend en question.
- sur l'identification et la nature des différents droits d'origine internationale susceptibles d'avoir été violés par les actes de l'Etat de Namibie.

Il ne s'agira pas d'opérer des choix d'opportunité mais bien **d'envisager l'étendue des possibilités offertes par le cas pratique sur le plan de sa résolution**. A titre d'exemple, affirmer que la Belgique peut refuser d'exercer sa protection diplomatique en vertu de son aspect discrétionnaire ne doit pas vous conduire à interrompre l'analyse à ce stade.

Le recours à la jurisprudence internationale mais aussi aux travaux de la Commission du droit international sur la question de la protection diplomatique est particulièrement conseillé.

Document n°1 - CPJI, *Affaire des « concessions Mavrommatis en Palestine » (Grèce c. Royaume-Uni)*, arrêt du 30 août 1924

Par requête introductive d'instance déposée au Greffe de la Cour le 13 mai 1924, en conformité de l'article 40 du Statut et de l'article 35 du Règlement, le Gouvernement de la République hellénique a introduit devant la Cour permanente de Justice internationale une instance concernant le prétendu fait par le Gouvernement de Palestine et, à sa suite, par le Gouvernement de Sa Majesté britannique, en tant que Puissance mandataire pour la Palestine, de refuser depuis 1921 de reconnaître dans toute leur étendue les droits résultant en faveur du sieur Mavrommatis, ressortissant hellène, des contrats et accords qu'il avait passés avec les autorités ottomanes au sujet de concessions pour certains travaux publics à exécuter en Palestine. (...)

Dans l'affaire des concessions Mavrommatis, il est vrai que le différend a d'abord été celui d'un particulier et d'un État, celui de Mavrommatis et de la Grande-Bretagne ; puis, le Gouvernement hellénique a pris l'affaire en mains : le différend est alors entré dans une phase nouvelle : il s'est porté sur le terrain international ; il a mis en présence deux États ; dès lors, la possibilité existe qu'il relève désormais de la compétence de la Cour permanente de Justice internationale.

L'article 26 du Mandat ne se contente pas, en effet, d'exiger, pour attribuer juridiction à la Cour permanente de Justice internationale, qu'elle se trouve en présence d'un différend à résoudre. Il faut encore que ce différend existe entre la Puissance mandataire et un autre Membre de la Société des Nations. Tel est incontestablement le cas dans le litige actuel, puisque l'État demandeur, la Grèce, a fait dès le premier jour, ainsi que la Grande-Bretagne, partie de la Société des Nations. C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.

Document n°2 - CIJ, *Affaire « Nottebohm » (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955

La requête déposée le 17 décembre 1951, au nom du Gouvernement de Liechtenstein, a introduit devant la Cour une instance tendant au redressement et à la réparation de « mesures contraires au droit international » que ce Gouvernement dit avoir été prises par le Gouvernement du Guatemala « contre la personne et les biens, de M. Friedrich Nottebohm, ressortissant du Liechtenstein ». Dans son contre-mémoire, le Gouvernement du Guatemala a soutenu que cette demande était irrecevable et cela à plusieurs titres, l'une de ses exceptions d'irrecevabilité se référant à la nationalité de celui pour la protection duquel le Liechtenstein a saisi la Cour. (...)

Le Guatemala se réfère à un principe bien établi du droit international qu'il a entendu énoncer dans son contre-mémoire, en disant : « c'est le lien de nationalité entre l'État et l'individu qui seul donne à l'État le droit de protection diplomatique ». Il a emprunté cette phrase à un arrêt de la Cour permanente de Justice internationale (série A/B, no 76, p. 16) qui se réfère à cette forme de protection diplomatique qu'est l'action judiciaire internationale.

Le Liechtenstein estime agir en conformité de ce principe et il invoque que Nottebohm est son ressortissant en vertu de la naturalisation qui lui a été conférée. (...)

[L]a Cour doit rechercher si un tel octroi de nationalité par le Liechtenstein entraîne directement obligation pour le Guatemala d'en reconnaître l'effet, à savoir le titre du Liechtenstein à l'exercice de la protection. En d'autres termes, il s'agit de rechercher si cet acte émanant du Liechtenstein seul est opposable au Guatemala en ce qui concerne l'exercice de la protection. La Cour traitera de cette question sans examiner celle de la validité de la naturalisation de Nottebohm selon la loi du Liechtenstein.

Il appartient au Liechtenstein comme à tout État souverain de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes conformément à cette législation. Il n'y a pas lieu de déterminer si le droit international apporte quelques limites à la liberté de ses décisions dans ce domaine. D'autre part, la nationalité a ses effets les plus immédiats, les plus étendus et, pour la plupart des personnes, ses seuls effets dans l'ordre juridique de l'État qui l'a conférée. La nationalité sert avant tout à déterminer que celui à qui elle est conférée jouit des droits et est tenu des obligations que la législation de cet État accorde ou impose à ses nationaux. Cela est implicitement contenu dans la notion plus large selon laquelle la nationalité rentre dans la compétence nationale de l'État. Mais la question que la Cour doit résoudre ne se situe pas dans l'ordre juridique du Liechtenstein. Il ne dépend ni de la loi ni des décisions du Liechtenstein de déterminer si cet État a le droit d'exercer sa protection dans le cas considéré. Exercer la protection, s'adresser à la Cour, c'est se placer sur le plan du droit international.

C'est le droit international qui détermine si un État a qualité pour exercer la protection et saisir la Cour.

La naturalisation de Nottebohm est un acte accompli par le Liechtenstein dans l'exercice de sa compétence nationale. Il s'agit de déterminer si cet acte produit l'effet international ici considéré.

Or la pratique internationale fournit maints exemples d'actes accomplis par un État dans l'exercice de sa compétence nationale qui n'ont pas de plein droit effet international, qui ne s'imposent pas de plein droit aux autres États ou qui ne s'imposent à eux que sous certaines conditions : c'est le cas, par exemple, d'un jugement rendu par le tribunal compétent d'un État et que l'on cherche à invoquer dans un autre État.

Dans le cas présent, il s'agit de déterminer si la naturalisation conférée à Nottebohm peut valablement être invoquée vis-à-vis du Guatemala, si, comme il a été déjà dit, elle lui est opposable de telle sorte que le Liechtenstein soit par là fondé à exercer sa protection au profit de Nottebohm vis-à-vis du Guatemala.

Lorsqu'un État a conféré sa nationalité à une personne et qu'un autre État a conféré sa propre nationalité à cette même personne, il arrive que chacun de ces États, estimant qu'il a agi dans l'exercice de sa compétence nationale, s'en tient à sa propre conception et se conforme à celle-ci pour son action propre. Chacun de ces États reste jusque-là dans son ordre juridique propre.

Cette situation peut se trouver placée sur le terrain international et être examinée par un arbitre international, ou par le juge d'un État tiers. Si l'arbitre ou le juge de l'État tiers s'en tenait ici à l'idée que la nationalité relève uniquement de la compétence nationale de l'État, il devrait constater qu'il est en présence de deux affirmations contradictoires émanant de deux États souverains, ce qui l'amènerait à les tenir pour égales et, en conséquence, à laisser subsister la contradiction sans trancher le conflit porté devant lui.

Le plus souvent, l'arbitre international n'a pas eu, à proprement parler, à trancher, entre les États en cause, un conflit de nationalité, mais à déterminer si la nationalité invoquée par l'État demandeur était opposable à l'État défendeur, c'est-à-dire si elle donnait à l'État demandeur titre à exercer la protection. En présence de l'allégation de nationalité émanant de l'État demandeur et de la contestation opposée par l'État défendeur, l'arbitre international a recherché si la nationalité avait été conférée par l'État demandeur dans des conditions telles qu'il en résultât pour l'État défendeur l'obligation de reconnaître l'effet de cette nationalité. Pour en décider, l'arbitre a dégagé certains critères propres à déterminer si la nationalité invoquée devait être reconnue plein effet international. La même question se pose actuellement devant la Cour: elle doit être résolue selon les mêmes principes. (...)

L'arbitre international a tranché de la même façon de nombreux cas de double nationalité où la question se posait à propos de l'exercice de la protection. Il a fait prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des États dont la nationalité était en cause. Les éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre : le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, l'attachement à tel pays par lui manifesté et inculqué à ses enfants, etc. (...)

La pratique de certains États qui s'abstiennent d'exercer la protection au profit d'un naturalisé lorsque celui-ci a rompu, de fait, par son éloignement prolongé, son rattachement avec ce qui n'est plus pour lui qu'une patrie nominale, manifeste, chez ces États, la conviction que, pour mériter d'être invoquée contre un autre État, la nationalité doit correspondre à la situation de fait. La même conviction a inspiré les dispositions correspondantes qui se trouvent dans les traités bilatéraux en matière de nationalité conclus par les États-Unis d'Amérique avec d'autres États depuis 1868, tels que ceux qui sont parfois désignés sous le nom de traités Bancroft, et dans la convention panaméricaine sur le statut des citoyens naturalisés qui rétablissent leur résidence dans leur pays d'origine, signée à Rio de Janeiro le 13 août 1906.

Le caractère ainsi reconnu dans l'ordre international à la nationalité n'est pas contredit par le fait que le droit international laisse à chaque État le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité. (...)

Corrélativement, un État ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre État que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'État qui assume la défense de ses citoyens par le moyen de la protection vis-à-vis des autres États. (...)

Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national. (...)

La naturalisation n'est pas une chose à prendre à la légère. La demander et l'obtenir n'est pas un acte courant dans la vie d'un homme. Elle comporte pour lui rupture d'un lien d'allégeance et établissement d'un autre lien d'allégeance. Elle entraîne des conséquences lointaines et un changement profond dans la destinée de celui qui l'obtient. Elle le concerne personnellement et ce serait en méconnaître le sens profond que de n'en retenir que le reflet sur le sort de ses biens. Pour en apprécier l'effet international, on ne peut être indifférent aux circonstances dans lesquelles elle a été conférée, à son caractère sérieux, à la préférence effective et non pas simplement verbale de celui qui la sollicite pour le pays qui la lui accorde.

Au moment de sa naturalisation Nottebohm apparaît-il comme plus attaché par sa tradition, son établissement, ses intérêts, son activité, ses liens de famille, ses intentions proches, au Liechtenstein qu'à tout autre État ? (...)

Ces faits établissent clairement d'une part l'absence de tout lien de rattachement entre Nottebohm et le Liechtenstein, d'autre part l'existence d'un lien ancien et étroit de rattachement entre lui et le Guatemala, lien que sa naturalisation n'a aucunement affaibli. Cette naturalisation ne repose pas sur un attachement réel au Liechtenstein qui lui soit antérieur et elle n'a rien changé au genre de vie de celui à qui elle a été conférée dans des conditions exceptionnelles de rapidité et de bienveillance. Sous ces deux aspects, elle manque de la sincérité qu'on doit attendre d'un acte aussi grave pour qu'il s'impose au respect d'un État se trouvant dans la situation du Guatemala. Elle a été octroyée sans égard à l'idée que l'on se fait, dans les rapports internationaux, de la nationalité.

Plutôt que demandée pour obtenir la consécration en droit de l'appartenance en fait de Nottebohm à la population du Liechtenstein, cette naturalisation a été recherchée par lui pour lui permettre de substituer à sa qualité de sujet d'un État belligérant la qualité de sujet d'un État neutre, dans le but unique de passer ainsi sous la protection du Liechtenstein et non d'en épouser les traditions, les intérêts, le genre de vie, d'assumer les obligations - autres que fiscales - et d'exercer les droits attachés à la qualité ainsi acquise.

Le Guatemala n'est pas tenu de reconnaître une nationalité ainsi octroyée. En conséquence, le Liechtenstein n'est pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala et il doit être, pour ce motif, déclaré irrecevable en sa demande.

Document n°3 - CIJ, Affaire « Barcelona Traction » (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 février 1970

46. On a aussi soutenu que, tout en ayant été prises à l'égard de la Barcelona Traction et lui ayant causé un préjudice direct, les mesures incriminées auraient constitué un acte illicite vis-à-vis de la Belgique du fait qu'elles ont aussi, encore qu'indirectement, causé un préjudice aux actionnaires belges de la Barcelona Traction. Ce n'est là qu'une nouvelle manière de présenter la distinction entre la lésion d'un droit et la lésion d'un simple intérêt. Mais, comme la Cour l'a indiqué, la preuve qu'un préjudice a été causé ne suffit pas ipso facto à justifier une réclamation diplomatique. Un dommage ou un préjudice peuvent léser une personne dans des circonstances extrêmement variées. Cela n'entraîne pas en soi l'obligation de réparer. La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent.

Document n°4 - CIJ, Affaire « LaGrand » (Allemagne c. Etats-Unis), arrêt du 27 juin 2001

38. L'Allemagne prétend que, en n'informant pas les frères LaGrand de leur droit de communiquer avec les autorités allemandes, les Etats-Unis « l'ont empêché[e] ... d'exercer les droits que lui confèrent les alinéas *a*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention » et ont violé « les différents droits conférés à l'Etat d'envoi vis-à-vis de ses ressortissants en prison, en détention préventive ou en garde à vue, tels que prévus par l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention ». Elle soutient en outre que, en méconnaissant leur obligation d'information, les Etats-Unis ont également violé les droits individuels que l'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 36, deuxième phrase, et l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 confèrent aux personnes détenues. L'Allemagne affirme qu'en conséquence elle « a subi un préjudice en la personne de ses deux ressortissants », grief qu'elle invoque « au titre de la procédure de protection diplomatique engagée au nom de Karl et Walter LaGrand ».

39. Les Etats-Unis reconnaissent « avoir méconnu l'obligation ... d'informer ... les frères LaGrand de leur droit à demander qu'un poste consulaire allemand soit averti de leur arrestation et mise en détention ». Ils ne contestent pas que cette violation de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 a donné naissance à un différend entre les deux Etats et reconnaissent que la Cour a compétence en vertu du protocole de signature facultative pour connaître de ce différend dans la mesure où ce dernier concerne les droits propres de l'Allemagne. (...)

75. L'Allemagne soutient ensuite que « la violation de l'article 36 par les Etats-Unis ne porte pas seulement atteinte [à ses] droits ... en tant qu'Etat partie à la convention, mais constitue également une violation des droits individuels des frères LaGrand. Agissant au titre de la protection diplomatique, elle demande également la condamnation des Etats-Unis sur ce terrain.

Pour l'Allemagne, le droit d'être informé au moment de son arrestation des droits conférés par l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne est un droit qui appartient à tout ressortissant d'un Etat partie à la convention de Vienne, lorsqu'il pénètre sur le territoire d'un autre Etat partie. Cette interprétation serait corroborée par les termes de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne pris dans leur sens ordinaire, car la dernière phrase de cette disposition fait état des « droits », au titre dudit alinéa, de « l'intéressé », c'est-à-dire du ressortissant étranger arrêté ou détenu. L'Allemagne ajoute que l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36, qui stipule qu'il appartient à la personne arrêtée de décider si son consulat doit être averti, a pour effet de conférer un droit individuel au ressortissant étranger concerné. Elle considère que le contexte de l'article 36 conforte cette conclusion puisqu'il vise tant les intérêts de l'Etat d'envoi et de l'Etat de résidence que les intérêts des particuliers. Elle affirme que les travaux préparatoires de la convention de Vienne étayaient cette interprétation. Elle

soutient en outre que la «Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent », adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies par sa résolution no 40/144 du 13 décembre 1985, confirme que le droit de se mettre en rapport avec le consulat de l'Etat de nationalité, de même que le droit d'être informé de ce droit, sont des droits que possède tout individu en sa qualité de ressortissant étranger et qui doivent être considérés comme des droits de la personne humaine reconnus aux étrangers.

76. Les Etats-Unis, pour leur part, s'interrogent sur ce que cette prétention supplémentaire relative à la protection diplomatique apporte au cas d'espèce et ils soutiennent qu'il n'y a rien de commun entre la présente affaire et les cas de protection diplomatique portant sur la défense par un Etat de réclamations d'ordre économique de ses ressortissants. Pour les Etats-Unis, le droit pour un Etat d'apporter une assistance consulaire à des ressortissants détenus dans un pays étranger et le droit pour un Etat d'endosser les revendications de ses ressortissants par la voie de la protection diplomatique sont des concepts juridiquement différents.

Les Etats-Unis soutiennent en outre que ce sont les Etats et non les individus qui sont titulaires des droits que reconnaît la convention de Vienne en matière de notification consulaire, même si les individus peuvent bénéficier de ces droits, du fait que les Etats sont autorisés à leur offrir une assistance consulaire. Ils affirment que le traitement qui doit être réservé aux individus aux termes de la convention est indissociablement lié au droit de l'Etat, agissant par l'intermédiaire de ses agents consulaires, de communiquer avec ses ressortissants - et découle de ce droit - et qu'il ne constitue ni un droit fondamental ni un droit de l'homme. A leur avis, le fait qu'aux termes de l'article 36 les droits des individus soient reconnus ne détermine pas la nature de ces droits ni les voies de droit dont la convention de Vienne appelle l'existence en cas de violation de cette disposition. Ils soulignent que l'article 36 débute ainsi « [a]fin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité », et que ce libellé ne conforte pas l'idée selon laquelle les droits et obligations visés au paragraphe 1 de cet article ont pour fonction de garantir aux ressortissants de l'Etat d'envoi des droits ou un traitement particuliers dans le cadre d'une procédure pénale. Les Etats-Unis estiment que les travaux préparatoires de la convention de Vienne ne font pas apparaître qu'il y ait eu consensus sur le fait que l'article 36 vise des droits intransgressibles de l'individu par opposition à des droits individuels dérivés des droits des Etats.

77. La Cour constate que l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 énonce les obligations que l'Etat de résidence a vis-à-vis d'une personne détenue et de l'Etat d'envoi. Il dispose que, à la demande de la personne mise en détention, l'Etat de résidence doit informer « sans retard » le poste consulaire de l'Etat d'envoi de la détention de l'individu. Il dispose en outre que toute communication par la personne détenue adressée au poste consulaire de l'Etat d'envoi doit lui être transmise par les autorités de l'Etat de résidence « sans retard ». Il est significatif que cet alinéa se termine par la disposition suivante: lesdites autorités « doivent sans retard informer l'intéressé de *ses droits* aux termes du présent alinéa » (les italiques sont de la Cour). En outre, en vertu de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36, le droit de l'Etat d'envoi de prêter son assistance consulaire à la personne en détention ne peut s'exercer si celle-ci « s'y oppose expressément ». La clarté de ces dispositions, lues dans leur contexte, ne laisse en rien à désirer. De ce fait, et comme il a été jugé à plusieurs reprises, la Cour est tenue de les appliquer telles qu'elles sont (voir *Acquisition de la nationalité polonaise, avis consultatif*, 1923, C.P.J.I. Série B no 7, p. 20; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif*: C.I.J. Recueil 1950, p. 8; *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt*, C.I.J. Recueil 1991, p. 69-70, par. 48; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt*, C.I.J. Recueil 1994, p. 25, par. 51). Compte tenu du libellé de ces dispositions, la Cour conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité. En l'espèce, ces droits ont été violés.

[Annexe : article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires :

« Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi : 1. Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité:

- a. Les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'Etat d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux;
- b. Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa;
- c. Les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi, qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément.
2. Les droits visés au par. 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article.]

Document n°5 - CIJ, *Affaire « Avena et autres ressortissants mexicains » (Mexique c. Etats-Unis)*, arrêt du 31 mars 2004

38. La Cour en vient maintenant à l'exception des Etats-Unis fondée sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Les Etats-Unis soutiennent que la Cour « doit juger irrecevable la prétention du Mexique d'exercer son droit de protection diplomatique en faveur de tout ressortissant mexicain qui n'a pas épuisé les voies de recours internes ainsi que l'exige le droit coutumier ». Ils affirment que, dans plusieurs des cas qui font l'objet des demandes du Mexique, le ressortissant mexicain détenu, même lorsqu'il a bénéficié de l'assistance consulaire du Mexique, n'a pas excipé du manquement allégué au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne lors de son procès. Les Etats-Unis soutiennent en outre que les demandes relatives aux cas visés dans le mémoire du Mexique sont toutes irrecevables parce que, dans chaque affaire, des voies de recours internes restent disponibles. Ils attirent l'attention sur le fait que l'instance demeure pendante devant les juridictions américaines dans un grand nombre des cas qui motivent les demandes mexicaines et que, dans les cas où les recours judiciaires ont été épuisés, les accusés n'ont pas engagé la procédure de recours en grâce qui leur est ouverte; d'où ils concluent qu'aucune des affaires « ne se trouv[e] en l'état voulu pour être réexaminée par une juridiction internationale ».

39. Le Mexique rétorque que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne saurait faire obstacle à la recevabilité de ses demandes. Il indique, en premier lieu, que la majorité des ressortissants mexicains visés au paragraphe 16 ci-dessus ont formé des recours judiciaires fondés sur la convention de Vienne aux Etats-Unis et ont été déboutés, notamment en raison de la doctrine de la carence procédurale. A cet égard, il invoque le prononcé de la Cour en l'affaire LaGrand, selon lequel

« les Etats-Unis ne [pouvaient] se prévaloir ... devant la Cour de cette circonstance pour faire obstacle à la recevabilité [de la demande allemande] ..., dès lors qu'ils avaient eux-mêmes failli à l'exécution de leur obligation, en vertu de la convention, d'informer les frères LaGrand » (C.I.J. Recueil 2001, p. 488, par. 60).

En outre, s'agissant des autres ressortissants mexicains, le Mexique indique ce qui suit:

« les juridictions des Etats-Unis n'ont jamais fait droit au moindre recours judiciaire intenté par un ressortissant étranger pour une violation de l'article 36. Ces juridictions déclarent soit que l'article 36 ne crée pas de droit individuel, soit qu'un ressortissant étranger qui a été privé des droits qu'il tenait de l'article 36, mais qui a en revanche bénéficié de ceux prévus par la Constitution et les lois américaines, ne peut établir l'existence d'un préjudice et donc obtenir réparation ».

Le Mexique conclut que les recours judiciaires disponibles sont dès lors inefficaces. Quant à la procédure de recours en grâce, elle ne saurait, selon le Mexique, entrer en ligne de compte aux fins de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, puisqu'il ne s'agit pas d'un recours judiciaire.

40. Le Mexique, dans ses conclusions finales, prie la Cour de dire et juger que les Etats-Unis, en ne se conformant pas au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, ont « violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants ».

La Cour fera d'abord observer que les droits individuels que les ressortissants mexicains tirent de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sont des droits dont la réalisation doit, en tout cas en premier lieu, être recherchée dans le cadre du système juridique interne des Etats-Unis. Ce n'est qu'une fois ce processus mené à son terme et les voies de recours internes épuisées que le Mexique pourrait faire siennes des demandes individuelles de ses ressortissants par le mécanisme de la protection diplomatique.

En l'espèce le Mexique ne prétend cependant pas agir seulement par ce mécanisme. Il présente en outre des demandes qui lui sont propres en se fondant sur le préjudice qu'il déclare *avoir subi lui-même, directement et à travers ses ressortissants*, du fait de la violation par les Etats-Unis des obligations qui leur incombent à son égard en vertu des alinéas *a*), *b*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36.

La Cour rappellera que, dans l'affaire *LaGrand*, elle a reconnu que

« le paragraphe 1 de l'article 36 crée [pour le ressortissant concerné] des droits individuels qui ... peuvent être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité » (C.I.J. Recueil 2001, p. 494, par. 77).

Elle observera en outre que toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque d'entraîner une violation des droits de l'Etat d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu. Dans ces circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels, le Mexique peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants par l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36. L'obligation d'épuiser les voies de recours internes ne s'applique pas à une telle demande. Au demeurant, pour les motifs qui viennent d'être exposés, la Cour n'estime pas nécessaire de traiter des demandes mexicaines concernant lesdites violations sous l'angle distinct de la protection diplomatique. Sans qu'il y ait lieu à ce stade d'aborder les questions soulevées par la règle de la carence procédurale, telles qu'exposées par le Mexique au paragraphe 39 ci-dessus, la Cour conclut que la deuxième exception d'irrecevabilité soulevée par les Etats-Unis ne saurait donc être accueillie.

Document n°6 - CIJ, Affaire « Ahamadou Sadio Diallo » – exceptions préliminaires (République de Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt du 24 mai 2007

31. En définitive, la Guinée entend, par son action, exercer sa protection diplomatique en faveur de M. Diallo à raison de la violation de trois catégories de droits qui aurait accompagné son arrestation, sa détention et son expulsion, ou en découlerait: ses droits individuels en tant que personne, ses droits propres d'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, et les droits desdites sociétés, par «substitution». (...)

39. La Cour rappellera que, selon le droit international coutumier, tel que reflété à l'article premier du projet d'articles de la Commission du droit international (ci-après: la «CDI») sur la protection diplomatique, celle-ci

« consiste en l'invocation par un Etat, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité» (article premier du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la CDI à sa cinquante-huitième session (2006), rapport de la CDI, doc. A/61/10, p. 24).

En raison de l'évolution matérielle du droit international, au cours de ces dernières décennies, dans le domaine des droits reconnus aux personnes, le champ d'application *ratione materiae* de la protection diplomatique, à l'origine limité aux violations alléguées du standard minimum de traitement des étrangers, s'est étendu par la suite pour inclure notamment les droits de l'homme internationalement garantis.

40. En l'espèce, la Guinée prétend exercer sa protection diplomatique en faveur de M. Diallo en raison de la violation des droits de celui-ci que la RDC aurait commise du fait de son arrestation, de sa détention et de son expulsion, violation qui aurait constitué un acte internationalement illicite de cet Etat mettant en cause sa responsabilité. Il appartient donc à la Cour d'examiner si le demandeur satisfait aux conditions de l'exercice de la protection diplomatique, à savoir si M. Diallo a la nationalité de la Guinée et s'il a épuisé les voies de recours internes disponibles en RDC. (...)

49. La Cour en vient maintenant à la question de la recevabilité de la requête de la Guinée en ce qu'elle a trait à la protection des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des deux sociétés Africom-Zaïre et Afri- containers-Zaïre. La RDC soulève deux exceptions d'irrecevabilité au regard de ce volet de la requête: elle conteste la qualité pour agir de la Guinée, et elle avance que M. Diallo n'a pas épuisé les voies de recours internes qui lui étaient ouvertes en RDC pour faire valoir ces droits. (...)

60. La Cour constate que les Parties se sont fréquemment référées à l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*. Il s'agissait là d'une société anonyme dont le capital était représenté par des actions. Dans la présente affaire, il est question de SPRL dont le capital est composé de parts sociales (voir para- graphe 25 ci-dessus).

61. Comme la Cour l'a rappelé dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, «il est ... inutile d'examiner les multiples formes que prennent les différentes entités juridiques dans le droit interne» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, par. 40). Ce qui importe, du point de vue du droit international, c'est de déterminer si celles-ci sont ou non dotées d'une personnalité juridique indépendante de leurs membres. L'attribution à la société d'une personnalité morale indépendante entraîne la reconnaissance à son profit de droits sur son patrimoine propre qu'elle est seule à même de protéger. En conséquence, seul l'Etat national peut exercer la protection diplomatique de la société lorsque ses droits sont atteints du fait d'un acte illicite d'un autre Etat. Afin de déterminer si une société possède une personnalité juridique indépendante et distincte, le droit international renvoie aux règles du droit interne en la matière.

62. La Cour, afin de préciser la nature juridique des sociétés Africom- Zaïre et Africontainers-Zaïre, doit se référer au droit interne de la RDC et, en particulier, au décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales. Ce texte dispose, en son article premier, que «[l]es sociétés commerciales légalement reconnues conformément au présent décret constitueront des individualités juridiques distinctes de celles des associés».

63. Le droit congolais attribue à la SPRL une personnalité juridique indépendante et distincte de celle des associés, notamment en ce que le patrimoine des associés est complètement séparé de celui de la société, et que ceux-ci ne sont responsables des dettes de la société qu'à hauteur de leur apport à celle-ci. Il en découle que les créances et les dettes de la société à l'égard des tiers relèvent respectivement des droits et des obligations de celle-ci. Ainsi que l'a souligné la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*: «Tant que la société subsiste, l'actionnaire n'a aucun droit à l'actif social.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, par. 41.) Cela demeure la règle fondamentale en la matière, qu'il s'agisse d'une SPRL ou d'une société anonyme.

64. L'exercice par un Etat de la protection diplomatique d'une personne physique ou morale de sa nationalité, qui est associé ou actionnaire, vise à mettre en cause la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé à cette personne par un acte internationalement illicite dudit Etat. Il ne s'agit là, en fin de compte, que de la protection diplomatique de la personne physique ou morale telle que définie à l'article premier du projet d'articles de la CDI; l'acte internationalement illicite revient, dans le cas de l'associé ou de l'actionnaire, à la violation par l'Etat défendeur des droits propres de celui-ci dans sa relation avec la personne morale, droits propres qui sont définis par le droit interne de cet Etat, ainsi que l'ad- mettent d'ailleurs les deux Parties. Ainsi entendue, la protection diplomatique des droits propres des associés d'une SPRL ou des actionnaires d'une société anonyme ne doit pas être considérée comme une exception au régime juridique général de la protection diplomatique des personnes physiques ou morales, tel qu'il découle du droit international coutumier.

65. La Cour, ayant examiné l'ensemble des arguments présentés par les Parties, constate qu'en l'espèce la Guinée a bien qualité pour agir dans la mesure où son action concerne une personne ayant sa nationalité, M. Diallo, et qu'elle est dirigée contre des actes prétendument illicites de la RDC qui auraient porté atteinte aux droits de cette personne, en particulier ses droits propres en tant qu'associé des deux sociétés Africom- Zaïre et Africontainers-Zaïre.

66. La Cour relève que M. Diallo, qui avait la qualité d'associé des deux sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, exerçait également les fonctions de gérant pour chacune d'entre elles. L'associé d'une SPRL est le détenteur de parts sociales dans le capital de celle-ci; le gérant est, quant à lui, un organe de la société, qui agit en son nom. La Cour n'a pas à déterminer, à ce stade de la procédure, quels sont les droits spécifiques qui s'attachent au statut d'associé et quels sont ceux qui s'attachent aux fonctions de gérant d'une SPRL, en droit congolais. C'est, le cas échéant, au stade du fond qu'elle aura à définir la nature et le contenu précis de ces droits, ainsi que leurs limites. C'est à ce stade de la procédure encore qu'il reviendra, le cas échéant, à la Cour d'apprécier les effets sur ces divers droits des mesures prises à l'encontre de M. Diallo. Point n'est besoin pour la Cour de trancher ces questions de fond pour pouvoir se prononcer sur les exceptions préliminaires soulevées par le défendeur.

67. En conséquence de ce qui précède, la Cour conclut que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la RDC à raison de l'absence de qualité de la Guinée pour agir en protection de M. Diallo ne saurait être accueillie en ce qu'elle a trait aux droits propres de celui-ci en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. (...)

76. La Cour examinera à présent la question de la recevabilité de la requête de la Guinée en ce qu'elle vise l'exercice de la protection diplomatique en faveur de M. Diallo «par substitution» aux sociétés Africom- Zaïre et Africontainers-Zaïre et en défense des droits de celles-ci. La RDC soulève, ici encore, deux exceptions à la recevabilité de la requête de la Guinée, tirées respectivement de l'absence de qualité pour agir de la Guinée et du non-épuisement des voies de recours internes. La Cour traitera à nouveau de ces questions l'une après l'autre, en commençant par celle de la qualité pour agir de la Guinée.(...)

86. La Cour rappelle qu'en matière de protection diplomatique le principe, tel qu'il a été souligné dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, est que:

«La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent.» (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 36, par. 46.)

87. Depuis son *dictum* dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (*ibid.*, p. 48, par. 93) (voir paragraphe 82 ci-dessus), la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir s'il existe bien, en droit international, une exception à la règle générale «selon laquelle le droit de protection diplomatique d'une société revient à son Etat national» (*ibid.*, p. 48, par. 93), exception qui autoriserait une protection des actionnaires par leur propre Etat national «par substitution», et quelle en serait la portée. Certes, dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (*Etats- Unis d'Amérique c. Italie*), la Chambre de la Cour a admis un recours des Etats-Unis en faveur de deux sociétés américaines détenant cent pour cent des actions d'une société italienne, relativement à des actes attribués aux autorités italiennes et dont il était prétendu qu'ils avaient porté atteinte aux droits de ladite société. Cependant, la Chambre s'est fondée à cet effet non sur le droit international coutumier, mais sur un traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les deux pays, qui octroyait directement à leurs ressortissants, sociétés et associations certains droits relatifs à la participation de ceux-ci dans des sociétés et associations de la nationalité de l'autre Etat. La Cour examinera à présent si l'exception invoquée par la Guinée est consacrée en droit international coutumier, comme celle-ci le prétend.

88. La Cour ne peut manquer de noter que, en droit international contemporain, la protection des droits des sociétés et des droits de leurs actionnaires, et le règlement des différends y afférents sont essentiellement régis par des accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de protection des investissements

étrangers, tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers, et la convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats investisseurs, qui a créé un Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ainsi que par des contrats entre les Etats et les investisseurs étrangers. Dans ce contexte, le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants. C'est dans ce cadre particulier et relativement limité que la question de la protection par substitution pourrait être soulevée. La théorie de la protection par substitution vise en effet à offrir une protection aux actionnaires étrangers d'une société qui ne pourraient pas invoquer le bénéfice d'un accord international, et auxquels aucun autre recours ne serait ouvert, dans la mesure où les actes prétendument illicites auraient été commis à l'encontre de la société par l'Etat de la nationalité de celle-ci. La protection «par substitution» constituerait donc le tout dernier recours pour la protection des investissements étrangers.

89. La Cour, ayant examiné avec soin la pratique des Etats et les décisions des cours et tribunaux internationaux en matière de protection diplomatique des associés et des actionnaires, est d'avis qu'elles ne révèlent pas — du moins à l'heure actuelle — l'existence en droit international coutumier d'une exception permettant une protection par substitution telle qu'invoquée par la Guinée.

90. Le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre Etats et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. Les arbitrages qui ont été invoqués par la Guinée relèvent eux aussi de régimes particuliers, qu'ils aient été fondés sur des accords internationaux spécifiques entre deux ou plusieurs Etats dont celui responsable des actes prétendument illicites à l'égard des sociétés concernées (voir par exemple le compromis conclu entre les Gouvernements américain, britannique et portugais dans l'affaire *Delagoa* ou celui conclu entre El Salvador et les Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire de la *Salvador Commercial Company*) ou sur des accords passés directement entre une société et l'Etat prétendument responsable du préjudice causé à celle-ci (voir l'affaire *Biloune v. Ghana Investments Centre*).

91. Une question distincte est celle de savoir s'il existe en droit international coutumier une règle de protection par substitution de portée plus limitée, telle que celle formulée par la CDI dans son projet d'articles sur la protection diplomatique, qui ne trouverait à s'appliquer que lorsque la constitution d'une société dans l'Etat auteur de la violation alléguée du droit international «était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même Etat» (art. 11, par. b)).

92. Ce cas de figure bien particulier ne semble cependant pas correspondre à celui auquel la Cour a affaire dans le cas d'espèce. Il est de fait que M. Diallo, citoyen guinéen, s'est installé au Zaïre dès 1964, soit à l'âge de dix-sept ans, et qu'il n'a créé sa première société Africom-Zaïre que dix ans plus tard, en 1974. De même, lorsque, en 1979, M. Diallo a participé à la création de la société Africontainers-Zaïre, ce n'était en réalité qu'en tant que gérant de la société Africom-Zaïre, une société de droit congolais. Le capital de la société Africontainers-Zaïre elle-même, au moment de sa création, était détenu à 70% par des associés de nationalité congolaise, et ce n'est qu'en 1980, un an plus tard, que M. Diallo est devenu associé en son nom propre de cette société à concurrence de 40% du capital, suite au retrait de deux autres associés, la société Africom- Zaïre détenant le reste des parts sociales. Dans ces conditions, il apparaît que les sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre ont été créées naturellement au Zaïre et inscrites au registre du commerce de la ville de Kinshasa par M. Diallo, qui y exerçait déjà des activités commerciales. De surcroît et surtout, il n'a pas été établi à suffisance devant la Cour que leur constitution dans ce pays, en tant que personnes morales de nationalité congolaise, aurait été exigée de leurs fondateurs pour que ceux-ci puissent opérer dans les secteurs économiques concernés.

93. La Cour conclut, à l'examen des faits, que les sociétés Africom- Zaïre et Africontainers-Zaïre n'ont pas été constituées de manière telle qu'elles rentreraient dans le champ d'application d'une protection par substitution au sens de l'article 11, paragraphe b), du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique auquel la Guinée s'est référée. Dès lors, la question de savoir si ce paragraphe de l'article 11 reflète ou non le droit international coutumier ne se pose pas en l'espèce.

94. Au vu de ce qui précède, la Cour ne saurait accepter la prétention de la Guinée à exercer une protection diplomatique par substitution. C'est donc la règle normale de la nationalité des réclamations qui régit la question de la protection diplomatique à l'égard des sociétés Africom- Zaïre et Africontainers-Zaïre. Or ces sociétés possèdent la nationalité congolaise. L'exception d'irrecevabilité soulevée par la RDC à raison de l'absence de qualité de la Guinée pour agir en protection diplomatique de M. Diallo pour les prétendus actes illicites de la RDC dirigés contre les droits des sociétés Africom- Zaïre et Africontainers-Zaïre est par conséquent fondée et doit être retenue.

**Document n°7 - Cour EDH, Grande Chambre, Affaire « Chypre c. Turquie »
(satisfaction équitable), arrêt du 12 mai 2014 (extraits)**

39. La Cour observe que jusqu'à présent elle ne n'est penchée qu'une seule fois, dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* (précitée), sur la question de l'applicabilité de la règle de la satisfaction équitable dans une affaire interétatique. Elle avait alors estimé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer cette règle (l'ancien article 50 de la Convention), le gouvernement requérant ayant expressément déclaré qu'il « ne pri[ait] pas la Cour d'accorder (...) une satisfaction équitable, sous la forme de dommages-intérêts, à telle personne victime d'une infraction à la Convention » (*Irlande c. Royaume-Uni*, précité, §§ 245-246).

40. La Cour rappelle par ailleurs que la logique générale de la règle de la satisfaction équitable (énoncée à l'article 41 et auparavant à l'article 50 de la Convention), voulue par ses auteurs, découle directement des principes de droit international public régissant la responsabilité de l'État et doit être interprétée dans ce contexte. C'est ce que confirment les travaux préparatoires à la Convention, aux termes desquels :

« [c]ette disposition est conforme au droit international en vigueur en matière de violation d'une obligation internationale par un Etat. La jurisprudence de la Cour européenne n'apportera donc sur ce point aucun élément nouveau ou contraire au droit international existant. (...) » (rapport du Comité d'experts au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 16 mars 1950 (doc. CP/WP 1(50) 15)).

41. Le principe de droit international le plus important relativement à la violation par un État d'une obligation découlant d'un traité veut que « la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate » (voir l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów (compétence)*, arrêt no 8, 1927, série A no 9, p. 21). En dépit du caractère spécifique de la Convention, la logique globale de l'article 41 ne diffère pas fondamentalement de celle qui gouverne les réparations en droit international public : « [i]l est une règle bien établie du droit international, qu'un État lésé est en droit d'être indemnisé, par l'État auteur d'un fait internationalement illicite, des dommages résultant de celui-ci » (voir l'arrêt de la Cour internationale de Justice rendu dans l'affaire *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 81, § 152). Il est également bien établi qu'une juridiction internationale qui a compétence pour connaître d'une allégation mettant en cause la responsabilité d'un État a le pouvoir, en vertu de cette compétence, d'octroyer une réparation pour le dommage subi (voir l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, C.I.J. Recueil 1974, pp. 203-205, §§ 71-76).

42. Dans ces conditions, gardant à l'esprit la spécificité de l'article 41 en tant que *lex specialis* par rapport aux règles et principes généraux du droit international, la Cour ne saurait interpréter cette disposition dans un sens étroit et restrictif excluant les requêtes interétatiques de son champ d'application. Au contraire, une interprétation large englobant les différents types de requête est confirmée par le libellé de l'article 41, qui dispose que « la Cour accorde à la partie lésée (en anglais,

« *to the injured party* ») (...) une satisfaction équitable », le mot « partie » (avec un p minuscule) devant être compris comme désignant l'une des parties à la procédure devant la Cour. À cet égard, la référence au libellé actuel de l'article 60 § 1 du règlement opérée par le gouvernement défendeur (paragraphe 12 et 38 ci-dessus) ne saurait passer pour convaincante. En réalité, ce texte, qui possède une valeur normative inférieure à celle de la Convention elle-même, ne fait que refléter la réalité, qui est qu'en pratique toutes les sommes allouées par la Cour au titre de la satisfaction équitable l'ont jusqu'à présent été directement à des requérants individuels.

43. Dès lors, la Cour estime que l'article 41 de la Convention s'applique bien, en tant que tel, dans les affaires interétatiques. Toutefois, la question de savoir s'il se justifie d'accorder une satisfaction équitable à l'État requérant doit être examinée et tranchée par la Cour au cas par cas, eu égard notamment au type de grief formulé par le gouvernement requérant, à la possibilité d'identifier les victimes des violations et à l'objectif principal de la procédure, dans la mesure où il ressort de la requête initialement introduite devant la Cour. La Cour admet qu'une requête introduite devant elle en vertu de l'article 33 de la Convention peut renfermer différents types de griefs visant des buts différents. En pareil cas, chaque grief doit être examiné séparément afin de déterminer s'il y a lieu d'octroyer une satisfaction équitable.

44. Ainsi, une Partie contractante requérante peut par exemple se plaindre de problèmes généraux (problèmes et déficiences systémiques, pratique administrative, etc.) concernant une autre Partie contractante. L'objectif principal du gouvernement requérant est alors de défendre l'ordre public européen dans le cadre de la responsabilité collective qui incombe aux États en vertu de la Convention. En pareil cas, il peut ne pas être souhaitable d'accorder une satisfaction équitable au titre de l'article 41 même si le gouvernement requérant formule une demande à cet effet.

45. Il existe aussi une autre catégorie de griefs interétatiques, où l'État requérant reproche à une autre Partie contractante de violer des droits fondamentaux de ses ressortissants (ou d'autres personnes). En réalité, pareils griefs sont comparables en substance non seulement à ceux soulevés dans une requête individuelle introduite en vertu de l'article 34 de la Convention mais aussi à ceux qui peuvent être présentés dans le cadre de la protection diplomatique, définie comme « l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité » (article premier du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission du droit international en 2006 – voir Assemblée générale, documents officiels, soixante et unième session, supplément no 10 (A/61/10), ainsi que l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 2007, p. 599, § 39). Si la Cour accueille des griefs de ce type et conclut à la violation de la Convention, il peut être opportun d'allouer une satisfaction équitable eu égard aux circonstances particulières de l'affaire et aux critères exposés au paragraphe 43 ci-dessus.

46. Cela étant, il ne faut jamais oublier que, du fait de la nature même de la Convention, c'est l'individu et non l'État qui est directement ou indirectement touché et principalement « lésé » par la violation d'un ou de plusieurs des droits garantis par la Convention. Dès lors, si une satisfaction équitable est accordée dans une affaire interétatique, elle doit toujours l'être au profit de victimes individuelles. À cet égard, la Cour note que l'article 19 du projet d'articles sur la protection diplomatique précité recommande de « [t]ransférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables » (*ibidem*). De surcroît, dans l'affaire *Diallo* précitée, la Cour internationale de Justice a expressément tenu à rappeler que « l'indemnité accordée à [l'État requérant], dans l'exercice par [celui-ci] de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, [était] destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci » (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *indemnisation*, C.I.J. Recueil 2012, p. 324, § 57).

47. En l'espèce, la Cour constate que le gouvernement chypriote a soumis des demandes de satisfaction équitable en réparation de violations de la Convention commises à l'égard de deux groupes de personnes

suffisamment précis et objectivement identifiables, à savoir, d'une part, 1 456 personnes disparues et, d'autre part, les Chypriotes grecs enclavés dans la péninsule du Karpas. En d'autres termes, la réparation demandée ne vise pas à indemniser l'État d'une violation de ses droits à lui, mais à dédommager des victimes individuelles comme cela a été exposé au paragraphe 45 ci-dessus. Dans ces conditions, et pour autant que les personnes disparues et les habitants du Karpas sont concernés, la Cour considère que le gouvernement requérant a le droit de présenter une demande au titre de l'article 41 de la Convention et que l'octroi d'une satisfaction équitable serait justifié en l'espèce.

Document n°8 - S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherche sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, pp. 11-12

24. En effet, alors que la majorité, voire l'intégralité, des domaines couverts par le droit international et en particulier le droit de la responsabilité internationale, ont connu une mutation permanente en fonction des inflexions et des évolutions de la matière, la conception traditionnelle de la nature de la protection diplomatique fait figure d'un bloc intangible, insensible aux courants et événements qui l'entourent. Il est toutefois difficile de justifier cette tendance inhabituelle qui s'inscrit plus dans le cadre d'une rigidité théorique que dans celui d'une réalité juridique. Sans vouloir remettre en question ou/et substituer la conception traditionnellement défendue à une vision entièrement nouvelle que d'aucuns espèrent pourtant voir émerger, il n'en demeure pas moins que l'occultation continue de l'évolution d'un grand nombre d'éléments juridiques conduit à poser un constat de départ réservé quant à la nature même de la protection diplomatique envisagée comme un droit exclusif et entièrement discrétionnaire en faveur de l'Etat. Plusieurs indices généraux viennent plaider pour une réorientation voire une redéfinition de cette conception. Sans envisager ici un examen complet de ces derniers, une brève analyse permet de poser, à titre introductif, certaines interrogations récurrentes sur la question.

25. Tout d'abord, au regard de la conception traditionnelle, la réclamation présentée par l'Etat qui fait valoir son droit propre n'est pas considérée comme le prolongement de la réclamation présentée par l'individu devant les juridictions de l'Etat étranger, mais comme une subrogation aux fins de réclamation. Ainsi l'action de l'Etat de nationalité est appréhendée, selon la jurisprudence de la Cour, comme une réclamation entièrement nouvelle et distincte ne visant qu'à faire valoir, sur le plan international, la lésion d'un droit propre de l'Etat. Le préjudice individuel se fond ainsi dans celui de l'Etat et perd entièrement de sa substance lors de la présentation de la réclamation internationale. Cette approche a récemment été battue en brèche par la Cour internationale de Justice qui, dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, a reconnu que la réclamation étatique en protection diplomatique pouvait avoir pour objet de faire valoir sur le plan international les droits individuels des personnes privées en faveur desquels elle était présentée. Remise en question complète du fondement traditionnel de l'action, cette nouveauté jurisprudentielle constitue un point de départ inévitable pour la réflexion qui doit être entamée.

26. Le second point qui mérite un rapide examen trouve plus de défenseurs. Celui-ci se voit concentré dans l'idée selon laquelle la théorie du droit de l'Etat s'est progressivement construite autour d'une conception d'une société internationale qui ne reconnaissait aucune place aux personnes privées dans les rapports internationaux et ne peut, compte tenu du développement du droit international et des droits et garanties conférés à l'individu sur le plan international, continuer à prévaloir. Cette conception, sans être unanimement admise, est néanmoins devenue récurrente dans les différents écrits sur la protection diplomatique et amène inévitablement à retenir l'option doctrinale selon laquelle le droit de la protection diplomatique dans son ensemble, avec une attention accrue sur sa nature juridique, ne peut ignorer ce fait juridique.

27. Toutefois, la question qui peut se poser est celle de la méthodologie suivant laquelle il est envisageable d'intégrer cette réalité dans une institution dont les portes semblent de plus en plus hermétiques. Autrement dit, doit-on purement et simplement redéfinir ou, plus sagement, infléchir le caractère absolu de cette théorie du droit propre ? Un utopiste s'orienterait bien évidemment vers la première direction, la plus drastique. Cette dernière est toutefois abusive sur le plan juridique.

28. En effet, l'exercice de la protection diplomatique reste un « *procédé international* » s'inscrivant toujours et encore dans le cadre de la responsabilité internationale des Etats, sujet qui demeure, à l'heure actuelle, circonscrit au cadre général des seules relations interétatiques. La personnalité juridique de l'individu sur le plan international et, plus précisément, l'éventualité d'une action individuelle orientée contre un Etat reste encore un sujet de discussion et de controverses : les seuls cas où celle-ci se voit reconnue ne permettent pas, en l'état, d'avancer quelque règle générale internationalement applicable.

Lecture conseillée

REGARD ACTUEL SUR LA PROTECTION DIPLOMATIQUE

Christian DOMINICÉ

*Professeur honoraire de l'Université de Genève,
Secrétaire général de l'Institut de droit international*

1. – La vénérable institution de la protection diplomatique, qui a sa place dans les relations entre États au titre de la responsabilité internationale, est susceptible de faire son apparition à l'occasion des avatars de l'arbitrage commercial international. Claude Reymond n'a pas manqué de l'évoquer ¹.

À vrai dire, l'État, la puissance publique, apparaît généralement en retrait de l'arbitrage, hormis le cas où il est lui-même partie au litige. Son rôle d'appui, de contrôle, ne se manifeste qu'en cas de difficulté, dans des conditions susceptibles de varier selon la nature de l'arbitrage.

L'éventualité de la protection diplomatique est encore davantage en retrait, si l'on peut dire. Dans un arbitrage entre parties privées, un déni de justice intervenant, à un stade ou à un autre, du chef du juge étatique compétent pour le contentieux de l'arbitrage, peut être à l'origine de l'exercice de la protection diplomatique par l'État national de la partie qui en est la victime. Des clauses compromissaires et, de manière générale, des relations contractuelles entre un État et une personne privée peuvent également donner lieu à la violation du droit international public par le premier au détriment de la seconde, conduisant, dans certaines conditions, à l'intervention de la protection diplomatique.

En bref, nous sommes en présence d'une institution dont on peut se demander si l'évolution qu'elle connaît, car évolution il y a, est susceptible d'intéresser des procédures d'arbitrage.

1. Il rappelle, par exemple, qu'il peut y avoir déni de justice, au sens du droit de la responsabilité internationale de l'État, en cas de refus de l'État de participer à l'arbitrage malgré une clause compromissoire, C. REYMOND, *Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage* : *Rev. arb.* 1985, p. 517, 523.

I. UN DROIT DE L'ÉTAT NATIONAL

2. — À l'ordre du jour des travaux de la Commission du droit international des Nations unies², ce qui en montre l'actualité, la protection diplomatique a été, dès longtemps, à l'origine d'une littérature particulièrement abondante, qui porte témoignage, d'une part, des divers et importants problèmes, ponctuels ou techniques, qui doivent trouver solution à son sujet, et, d'autre part, de diverses questions plus fondamentales.

L'une d'elles est de déterminer la nature du droit étatique qui est en cause au titre de la protection diplomatique³. C'est à elle que nous voulons consacrer ici quelques observations.

3. — Les travaux de la Commission du droit international sont fondés sur le principe selon lequel l'exercice de la protection diplomatique est un droit de l'État⁴. Il n'y a pas lieu de contester cette manière d'aborder le traitement de la question. Ceux pour qui l'institution de la protection diplomatique est périmée⁵ font fi d'une pratique abondante qui met en lumière le rôle important qu'elle joue aujourd'hui encore. D'autre part, des constructions différentes, qui verraient par exemple l'État n'être en quelque sorte que le porte-parole de son ressortissant, s'écartent non seulement d'une pratique et d'une jurisprudence très substantielles, mais elles sont en outre en contradiction avec les caractéristiques fondamentales de la responsabilité internationale dans les rapports entre États⁶.

Cependant, si le principe ne saurait être remis en cause, il nous paraît néanmoins intéressant de cerner de plus près les contours exacts de ce droit de l'État, car il présente assurément des spécificités, et peut être compris de diverses manières.

2. Voir particulièrement le Rapport préliminaire de M. Bennouna, Rapporteur spécial, du 4 février 1998 (A/CN.4/484), puis le Premier Rapport de M. Dugard, nouveau Rapporteur spécial, du 7 mars 2000 (A/CN.4/506), son Deuxième Rapport du 28 février 2001 (A/CN.4/514), et son Troisième Rapport, du 7 mars 2002 (A/CN.4/523). Ils sont cités ci-après Dugard I, II, III.

3. Cf. la discussion de cette question notamment dans Dugard I, par. 61 et s.; voir aussi F. ORREGO VICUÑA, *Interim Report on The Changing Law of Nationality of Claims*, International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference, London, 2000, p. 631.

4. Voir le rapport du groupe de travail constitué par la Commission du droit international, Dugard I, p. 3.

5. Pour un inventaire des diverses questions qu'il convient de poser, cf. le Rapport Bennouna (*supra*, note 2).

6. On doit assurément accorder l'attention qu'ils méritent à des systèmes particuliers, mis sur pied *ad hoc*, qui ont pour caractéristique que l'État présente les réclamations de ses ressortissants, sans les faire siennes. On peut citer le tribunal des réclamations entre l'Iran et les États-Unis, ou encore la Commission d'indemnisation des Nations unies chargée de statuer sur les réclamations consécutives à l'invasion du Koweït par l'Irak. On peut y trouver la confirmation du fait qu'un acte illicite international fait naître une prétention dans le chef de la personne qui en est la victime, mais cela ne transforme pas l'essence de la protection diplomatique, en tant que droit de l'État en droit international coutumier.

4. — Le point de départ classique de la réflexion est le fameux prononcé de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire Mavromatis :

« En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international »⁷.

Ce droit de l'État, appelé ici « son droit propre » (dans le texte anglais « its own right ») est celui d'exercer sa protection diplomatique.

Mais que contient ce droit, en quoi consiste-t-il ? Qu'il s'agisse du droit pour l'État d'agir contre un autre État pour lui faire grief d'avoir porté atteinte, en violation du droit international, à son ressortissant, c'est exact, mais cela n'épuise pas la matière. La question est de savoir quelle est la nature juridique de la prétention (Claim, Anspruch) que fait valoir l'État demandeur. Est-elle autonome ?

II. LA PRÉTENTION DE L'INDIVIDU

5. — L'analyse de la doctrine fait apparaître, à nos yeux, qu'il n'est pas possible de donner une réponse à cette question sans s'intéresser aux conséquences juridiques qui résultent de la violation du droit international dans le chef du ressortissant étranger qui en est la victime⁸. En effet, non seulement le préjudice subi par celui-ci sert de mesure à la réclamation de son État national contre l'État responsable, mais encore et surtout son comportement joue un rôle important, puisque c'est à lui qu'il appartient de s'adresser d'abord aux tribunaux de l'État dont il se plaint. En vertu de la règle coutumière imposant l'épuisement préalable des voies de recours internes, la prétention de l'État national n'est pas recevable, sauf exceptions, avant la décision finale de l'instance judiciaire supérieure⁹.

6. — Ainsi, il n'est absolument pas satisfaisant de voir dans l'acte illicite portant atteinte au droit internationalement protégé d'un étranger un acte qui, en droit international, est à l'origine uniquement d'une prétention d'État à État. La faiblesse de cette conception est particulièrement mise en lumière par l'importante controverse qui s'est développée au sujet de la naissance de la responsabilité internationale¹⁰. La thèse voulant que celle-ci n'apparaisse qu'au moment de la décision finale n'est pas soutenable, car l'acte initial consacre souvent le fait internationalement illicite (exécution, torture d'un étranger, expulsion contraire à un traité d'établissement).

7. CPJI, série A, n° 2, p. 12.

8. Cf. le Rapport Bennouna (*supra*, note 2), p. 2 qui insiste sur l'importance de la question du « titulaire du droit sous-jacent ».

9. Sur la règle de l'épuisement des recours internes, une littérature particulièrement abondante est analysée et résumée dans Dugard II et III (*supra*, note 2). Voir aussi G. PERRIN, *Droit international public*, Zurich, 1999, p. 731.

10. V. G. PERRIN, *La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international* : in *Festschrift für Rudolf Bindsdiedler*, Bern 1980, p. 271, ainsi que Dugard II, par. 32 et s.

D'autre part, la théorie, plus satisfaisante, voulant que la responsabilité internationale prenne naissance au moment de l'acte initial, sans que pour autant l'État national de la victime puisse faire valoir un droit, n'est pas convaincante, car le corollaire d'un acte illicite, et de la responsabilité qui en découle, est l'apparition immédiate d'un « droit nouveau ».

7. – Quelle que soit l'importance de la relation d'État à État, ne voir qu'elle conduit à une impasse. Il faut articuler la réflexion sur la situation juridique du particulier victime de la violation du droit international ¹¹.

Cette manière de voir s'inscrit au demeurant dans la perspective dessinée par le Groupe de travail de la Commission du droit international chargé, en 1998, d'examiner ce que devraient être ses travaux. Le Rapport indique : « d) Les travaux sur la protection diplomatique devraient tenir compte du développement du droit international qui accorde désormais une reconnaissance et une protection accrues aux droits des individus ... » ¹²

La jurisprudence récente apporte un appui remarquable à cette manière d'aborder le problème. En effet, dans l'affaire LaGrand, la Cour internationale de Justice a bien souligné le lien étroit qui s'établit entre la protection diplomatique et un droit individuel ¹³. C'est un enseignement dont il faut tenir compte.

8. – Dans cette affaire, l'Allemagne reprochait aux États-Unis d'avoir transgressé la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, applicable au cas de deux de ses ressortissants, détenus et condamnés à la peine capitale en Arizona.

L'État demandeur indiqua d'emblée qu'il agissait à un double titre.

D'une part, il invoquait la violation de droits qu'il estimait tenir de la Convention et agissait à ce titre « en son nom propre » (« in its own rights ») ¹⁴.

D'autre part, il disait agir au titre de la protection diplomatique, dès lors qu'à ses yeux les autorités américaines compétentes avaient méconnu la disposition accordant à l'intéressé le droit de demander que le poste consulaire de son État national fût averti ¹⁵ et avaient de ce fait violé un « droit individuel », violation justifiant la protection diplomatique de l'État national.

9. – La cour donna raison à l'Allemagne et statua, dans son dispositif, qu'en n'informant pas les frères LaGrand de leurs droits et en privant de ce fait l'Allemagne de la possibilité d'intervenir en temps opportun, « les États-Unis ont violé les obligations dont ils étaient tenus envers la République fédérale d'Allemagne et envers les frères LaGrand, en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 ».

11. V. Ch. DOMINICÉ, *La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des États* : in *Liber Amicorum Arangio-Ruiz* (à paraître).

12. V. Dugard I, p. 3.

13. Affaire *LaGrand* (Allemagne c/ États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, non encore publié au Recueil.

14. Droit de prêter secours à ses ressortissants de communiquer avec eux et de les visiter ; l'Allemagne n'avait pas pu exercer ces droits en temps opportun en raison du défaut d'information (art. 5 f), 36, 1 a) et c) de la Convention).

15. Art. 36, 1, b) de la Convention.

Les considérants de l'arrêt précisent de la manière la plus nette que la Convention consacre, à l'article 36, 1 b), un droit individuel au bénéfice de l'étranger détenu ¹⁶.

III. PROTECTION DIPLOMATIQUE ET DROIT INDIVIDUEL

10. – Ainsi, c'est bien un droit individuel qui est au cœur de la protection diplomatique, et le droit d'exercer celle-ci est, pour l'État, un droit distinct de ses droits propres.

C'est à cette constatation qu'il convient de s'arrêter pour cerner de plus près la nature de la protection diplomatique, non sans souligner, au passage, que l'arrêt LaGrand met en lumière une situation qui n'est pas inédite, mais qui n'est pas celle sur laquelle nous prêtons l'attention dans le présent propos.

Il s'agit de la situation qui se présente lorsque les comportements d'un État sont à l'origine de deux réclamations parallèles d'un autre État, réclamations fondées sur la violation de normes distinctes, et qui conduisent l'État réclamant à faire valoir, d'une part son droit propre, et d'autre part sa protection diplomatique ¹⁷.

Les questions que fait surgir une telle situation ne nous concernent pas ici.

11. – Ici, l'attention est portée exclusivement sur la protection diplomatique et prend en considération un seul acte illicite. C'est à propos de cet acte illicite initial au détriment d'un étranger qu'il faut constater qu'il n'est pas au premier chef une atteinte au droit de l'État national de celui-ci. Il l'est simultanément, mais au second degré.

La théorie du « droit individuel » indique bien qu'il y a au point de départ la violation d'une règle du droit international accordant un droit à l'individu ¹⁸.

Il peut s'agir, comme dans l'affaire LaGrand, d'une règle du droit conventionnel. À cet égard, les exemples pourraient être multipliés, car très nombreux sont les traités, bilatéraux ou multilatéraux, qui confèrent des droits directs aux particuliers, étant entendu que ce ne sont pas nécessairement des droits à l'encontre d'un État ¹⁹.

16. Voir particulièrement les par. 42 et 75.

17. Nous avons vu que dans l'affaire *LaGrand* ce sont des dispositions différentes de la Convention de 1963 dont la violation a été invoquée au titre des deux réclamations. Il en allait de même, par exemple, dans l'affaire *Interhandel* (Suisse c/ États-Unis d'Amérique : *CIJ Recueil* 1959, p. 6), où la Suisse fonda sa prétention « directe » sur la violation d'un traité d'arbitrage, et prétendit par ailleurs exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'*Interhandel* en se fondant sur des motifs distincts.

18. Il s'agit particulièrement de savoir si les deux réclamations peuvent suivre un cours distinct, ou si la prétention directe de l'État (son droit propre) est absorbée en quelque sorte par la réclamation fondée sur la protection diplomatique, au motif que les deux réclamations poursuivent le même objectif. C'est dans ce dernier sens que la Cour internationale de Justice s'est prononcée dans l'affaire *Interhandel*. Voir pour la discussion de cette question Dugard II, par. 18 et s.

19. Un traité régissant, par exemple, des questions de droit privé peut viser les relations entre personnes privées. Cependant, si un État lié par ce traité ne le respecte pas, ou si ses tribunaux ne l'appliquent pas comme il doit l'être, il peut naître un rapport de responsabilité entre cet État et l'individu lésé.

Il peut s'agir aussi d'une règle du droit international coutumier, comme le droit des étrangers en offre plusieurs exemples, dont l'interdiction du déni de justice ou de l'expropriation sans indemnisation.

À l'origine de la protection diplomatique, il n'y a donc pas une atteinte au droit de l'État « en la personne de son ressortissant », mais la violation d'un droit international de ce ressortissant, et par ricochet de son État national.

12. – Une conséquence importante de cette analyse, à notre avis, est que la responsabilité internationale de l'État est engagée dès l'acte initial et donne lieu à une prétention, ou réclamation internationale de l'individu lésé.

Dans le débat sur la « naissance » de la responsabilité internationale, le principal argument de ceux qui affirment que ce ne saurait être l'acte initial, est de dire que l'on ne peut concevoir une responsabilité sans conséquence juridique immédiate, alors que la prétention internationale de l'État national n'est pas recevable avant l'épuisement des voies de recours internes. Répondre qu'il y a bien une prétention, mais conditionnelle, n'est pas entièrement convaincant, car cela laisse subsister un vide juridique au moment de l'acte initial.

En revanche, si l'on admet que la responsabilité internationale est d'emblée engagée vis-à-vis de l'individu, qui acquiert une prétention internationale contre l'État responsable, la théorie est cohérente.

Sans doute, cette prétention internationale ne peut pas toujours faire l'objet d'une procédure, et nous y reviendrons, mais elle existe et constitue la conséquence juridique immédiate de la responsabilité internationale de l'État.

13. – Il reste à déterminer l'assise conceptuelle de la protection diplomatique. Elle est liée à la violation d'un droit (international) individuel et à la prétention internationale qui en résulte, dont l'individu lésé est titulaire. La protection diplomatique est le droit d'endosser cette prétention lorsque son titulaire n'a pas à sa disposition une procédure lui permettant de la faire valoir.

Cette procédure est d'abord celle que peut lui offrir le droit interne de l'État responsable. Ainsi, si l'acte initial est un acte juridique, par exemple un arrêté d'expulsion contraire à un traité d'établissement, un recours sera peut-être possible contre cette décision. Si l'acte initial est un acte matériel, par exemple des brutalités policières, c'est une réclamation en réparation qui devra, si possible, être introduite devant l'autorité compétente, administrative ou judiciaire.

Cependant, les moyens procéduraux ne s'arrêtent pas toujours à ceux qu'offre le droit interne – qui doivent être épuisés selon la règle internationale –, car, de plus en plus, des procédures internationales sont aménagées au bénéfice des individus : dans le domaine de la protection des droits humains bien sûr, mais aussi pour régler des contentieux ponctuels²⁰.

20. Un exemple, déjà mentionné, est celui du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, auquel, pour certaines catégories de réclamations, les plaignants privés ont un accès direct. Certaines réclamations peuvent porter sur la violation du droit international. Cf. R. B. LILICH and D. B. MAGRAW (ed.), *The Iran – United States Claims Tribunal : its contribution to the Law of State Responsibility*, Transnational Publications, New York, 1998.

À cela s'ajoutent, on le sait, des mécanismes d'arbitrage, *ad hoc*, ou institutionnalisés. Un arbitrage CIRDI, par exemple, peut porter sur la violation du droit international et la prétention individuelle qui en résulte²¹.

14. – En bref, au moment où se produit l'acte initial consacrant une violation du droit international au préjudice d'une personne privée, deux conséquences juridiques voient le jour, qui visent l'État responsable.

D'une part, l'individu lésé acquiert contre lui une prétention internationale. Elle peut viser le respect de la règle internationale (p. ex. respect d'un traité d'établissement, impliquant l'annulation en droit interne d'un arrêté d'expulsion). Elle peut aussi viser la réparation d'un préjudice matériel ou moral (p. ex. dommage résultant de brutalités policières ou d'un déni de justice).

D'autre part, l'État national de la victime reçoit le droit de reprendre à son compte, s'il le désire²², la prétention internationale de son ressortissant, mais à partir du moment seulement où celui-ci aura épuisé les moyens de procédure, nationaux et/ou internationaux qui sont à sa disposition.

La modification conceptuelle est d'importance. La responsabilité internationale est engagée dès l'acte initial, mais il n'en résulte pas une prétention d'État à État. La prétention est celle de l'individu, et il en est maître. S'il néglige les voies de droit qui lui sont ouvertes, la responsabilité de l'État ne débouchera sur rien.

Quant au droit de l'État national, il se greffe sur cette prétention internationale de son ressortissant, qu'il va pouvoir faire sienne, endosser, le moment venu. L'arrêt *La Grand* vient à l'appui de cette conception, bien qu'il ne la développe pas réellement²³.

15. – On peut signaler à ce stade qu'une conséquence intéressante de l'apparition, dans la relation de responsabilité entre un État et une personne privée, d'une prétention internationale, est le principe selon lequel on peut également emprunter au droit international public les règles relatives au contenu de la responsabilité internationale de l'État, du moins certaines d'entre elles²⁴. On pense au premier chef à celles qui concernent la cessation et la réparation.

Ce principe est au demeurant déjà appliqué²⁵.

21. Si notre théorie est exacte, l'article 27,1 de la Convention de Washington instituant le CIRDI en est une claire confirmation. La protection diplomatique n'a pas lieu d'être tant qu'existe un mécanisme d'arbitrage utilisable.

22. Ou s'il y est tenu. Jusqu'ici ce ne peut être qu'une obligation du droit interne, mais l'on se demande si cela devrait être une obligation internationale de l'État national, cf. Dugard II, par. 74 et s., qui soulève la question d'une éventuelle obligation de l'État national.

23. Arrêt, par. 77 : « ... La cour conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels qui, ..., peuvent être invoqués devant la cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité. En l'espèce, ces droits ont été violés. » Il faut souligner qu'auparavant, au titre de la recevabilité, la cour a examiné la question de l'épuisement des voies de recours internes (par. 58 s de l'arrêt).

24. Voir sur ces conséquences le projet d'articles de la Commission du droit international des Nations unies sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, du 26 juillet 2001, A/CN.4/L.602/Rev. 1, plus particulièrement la deuxième partie.

25. On rappellera notamment le grand arbitrage pétrolier *Texaco/Calasatiac* (sentence R.J. DUPUY : *JDI* 1977, p. 350) ; à la violation constatée du droit international ont été attachées des conséquences prescrites par celui-ci.

IV. CONCLUSIONS

16. — La modification conceptuelle suggérée ici s'inscrit dans la perspective des développements du droit international public au cours des dernières décennies.

L'ordre juridique international reste assurément dominé, quant à sa structure et son fonctionnement, par sa caractéristique essentielle qui est d'être fondé sur la juxtaposition d'États souverains. Sont apparus cependant, et d'une manière toujours plus affirmée, d'autres acteurs qui, sans jouer le même rôle que les États, contribuent à la création de la norme et à sa mise en œuvre.

L'individu, la personne privée, a pris une place que tous s'accordent à souligner.

Destinataire direct d'obligations, il est aussi titulaire de droits internationaux. Ceux-ci viennent-ils à être transgressés par un État, c'est bien l'individu qui en est au premier chef la victime. S'il s'agit d'un étranger par rapport à l'État responsable, son État national est également atteint, mais la prétention qui en résulte pour lui n'est que potentielle, subsidiaire. Celle de la victime est prioritaire tant qu'une voie de droit, une procédure, lui est ouverte. La protection diplomatique est en définitive un pis-aller, mais un pis-aller qui demeure important car il s'en faut encore de beaucoup que des procédures internationales soient généralement ouvertes directement aux lésés.

17. — Pour conclure en évoquant l'arbitrage, il faut bien rappeler que c'est sa pathologie qui est susceptible de faire surgir la relation contentieuse d'État à État caractéristique de la protection diplomatique. Et même, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage entre personnes privées, une pathologie au second degré. En effet, le premier stade est celui du recours au juge d'appui, et c'est seulement lorsque ce juge étatique se rend coupable d'un déni de justice au sens du droit international public que la prétention internationale qui en résulte pourra être reprise à son compte par l'État national du lésé.

Lorsque l'arbitrage met aux prises une personne privée et un État, la violation par celui-ci d'une règle internationale (violation de l'obligation d'arbitrage, d'une règle de fond, etc.) peut également conduire, tous recours épuisés, à l'intervention de la protection diplomatique.

18. — On peut retenir, en relation avec l'arbitrage, certains des traits saillants du droit international moderne qui sont mis en lumière par l'étude renouvelée de la protection diplomatique.

Tout d'abord, il faut souligner qu'une règle internationale, le plus souvent une règle figurant dans un traité, mais aussi une règle du droit coutumier, peut être appliquée par l'arbitre au même titre que n'importe quelle autre règle juridique. Ce peut être dans les relations entre personnes privées, ou entre une personne privée et un État.

Cela n'est pas nouveau. Dès longtemps des règles internationales sont appliquées par des arbitres, que ce soit des règles institutionnelles ou procédurales²⁶

26. C'est le cas de diverses dispositions de la Convention de Washington instituant le CIRDI.

ou des règles substantielles²⁷. Ce qui apparaît aujourd'hui est que les règles internationales qui ont pour destinataires, non seulement les États liés par elles, mais aussi des personnes privées, sont beaucoup plus nombreuses qu'on n'a bien voulu l'admettre jusqu'ici. Il y a lieu d'en tenir compte.

19. — Le second enseignement résulte de la constatation que la transgression, par un État, d'une obligation dont il est tenu à l'égard d'une personne privée, est de nature à entraîner des conséquences juridiques prévues par le droit international lui-même. Autrement dit, les règles secondaires de celui-ci sont susceptibles d'application, nous l'avons déjà indiqué, au bénéfice de personnes privées. Cela non plus n'est pas nouveau, mais il peut être utile de le rappeler.

20. — Détenteurs du pouvoir légal de contraindre, les États sont les garants de la mise en œuvre du droit international.

Cela ne veut pas dire qu'ils sont les seuls titulaires des « droits nouveaux » auxquels un rapport de responsabilité pour acte illicite donne naissance.

Les droits individuels résultant de normes internationales sont nombreux, aussi est-ce bien une prétention internationale de la victime directe que fait apparaître la violation d'une de ces règles par un État.

La protection diplomatique exercée par l'État national du titulaire de la prétention, qui la reprend à son compte, vient assurer les relais entre les droits individuels et le système de mise en œuvre du droit international.

27. Par exemple, certaines normes figurant dans des traités pour la protection des investissements.