UNITÉ ET DIVERSITÉ DU DROIT INTERNATIONAL

Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy

UNITY AND DIVERSITY OF INTERNATIONAL LAW

Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy

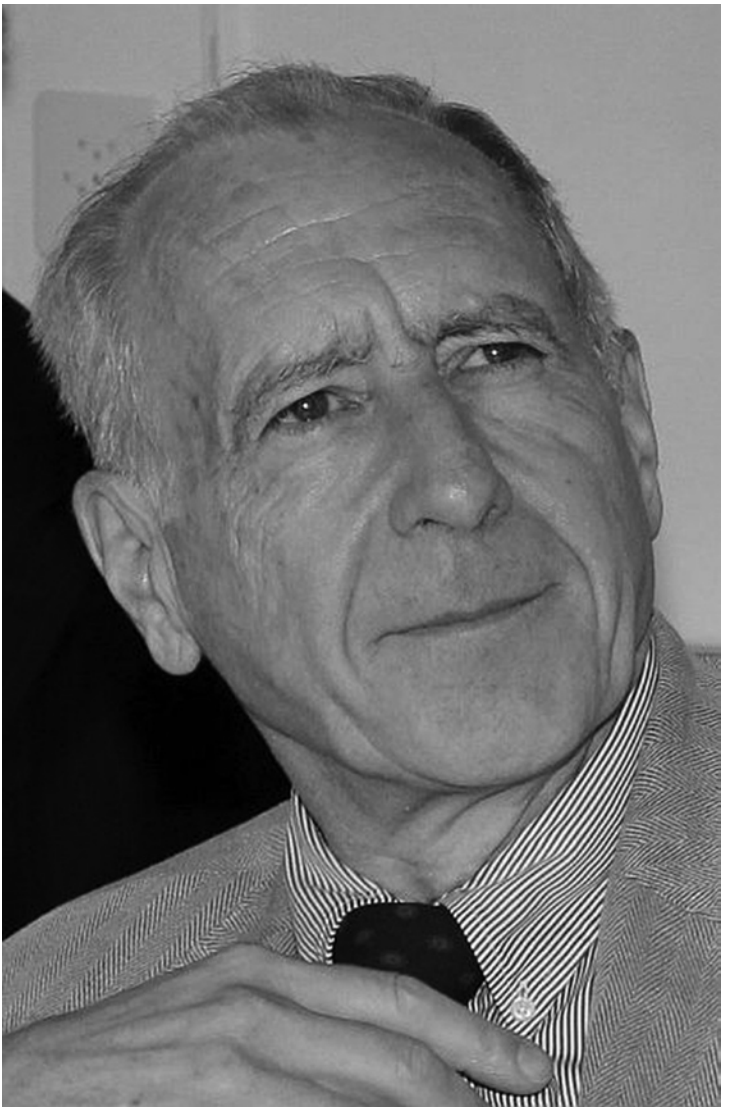
Edited by

Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS

Unité et diversité du droit international

Unity and Diversity of International Law



Unité et diversité du droit international
Unity and Diversity of International Law

Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy

Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy

Edité par/Edited by

Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville &
Jorge E. Viñuales

MARTINUS
NIJHOFF
PUBLISHERS

LEIDEN • BOSTON
2014

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Unity and diversity of international law / essays in honour of Professor Pierre-Marie Dupuy; edited By Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville & Jorge E. Vinuales.
pages cm.
Includes bibliographical references.
ISBN 978-90-04-26238-6 (hardback : alk. paper) — ISBN 978-90-04-26239-3 (e-book)
1. International law. 2. Human rights. I. Dupuy, Pierre-Marie, honouree. II. Alland, Denis, editor of compilation. III. Chetail, Vincent, editor of compilation. IV. Frouville, Olivier de, editor of compilation. V. Viñuales, Jorge E., editor of compilation.

KZ3410.U55 2014
341—dc23

2013036737

This publication has been typeset in the multilingual "Brill" typeface. With over 5,100 characters covering Latin, IPA, Greek, and Cyrillic, this typeface is especially suitable for use in the humanities. For more information, please see www.brill.com/brill-typeface.

ISBN 978-90-04-26238-6 (hardback)
ISBN 978-90-04-26239-3 (e-book)

Copyright 2014 by Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands.
Koninklijke Brill NV incorporates the imprints Brill, Global Oriental, Hotei Publishing, IDC Publishers and Martinus Nijhoff Publishers.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, translated, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission from the publisher.

Authorization to photocopy items for internal or personal use is granted by Koninklijke Brill NV provided that the appropriate fees are paid directly to The Copyright Clearance Center, 222 Rosewood Drive, Suite 910, Danvers, MA 01923, USA.
Fees are subject to change.

This book is printed on acid-free paper.

TABLE DES MATIÈRES / TABLE OF CONTENTS

PARTIE I / PART I

LE DROIT INTERNATIONAL : PERSPECTIVES THÉORIQUES ET HISTORIQUES

THEORETICAL AND HISTORICAL PERSPECTIVES ON INTERNATIONAL LAW

1. The Progressive Development of International Law: History, Theory and Practice 3
James Crawford

2. Reflections on a Decade of International Law: Dark Ages or *Renouveau*? 23
Vera Gowland-Debbas

3. On Legal Inquiry 45
Jorge E. Viñuales

4. On the Theory of the International Constitution 77
Olivier de Frouville

5. The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward 105
Vincent Chetail

6. Ouverture de la réflexion sur le droit international à la science des systèmes 131
Philippe Weckel

7. Quelques réflexions sur l'humanité comme sujet du droit international 157
Antônio Augusto Cançado Trindade

8. Le mythe structurant de l'humanité : La communauté internationale vivante 175
Eric Wyler et Alain Papaux

9. The European Tradition of the Sources of International Law 201
Jean d'Aspremont

10. La référence aux sources hébraïques dans la doctrine du droit de la nature et des gens au XVII[ème] siècle 217
Charles Leben

11. Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale 253
Andrea Gattini

12. La contribution des règles d'engagement au droit du recours à la force 275
Louis Balmond

13. La longue marche vers l'abrogation du droit de mener la guerre en tant que moyen d'auto-protection : *Happy end* ou *remake* en vue ? 299
Giovanni Distefano

14. Les maîtres « dualistes » et la Cour européenne des droits de l'homme, quel lien de filiation? A propos du dualisme des « origines », de ses dérivés et de ses applications 321
Raphaële Rivier

15. Promenade avec Aristote dans les jardins du droit international. Réflexions sur l'équité et le raisonnement juridique des juges et arbitres internationaux 357
Yannick Radi

PARTIE II / PART II

RESPONSABILITÉ DES ETATS ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX

STATE RESPONSIBILITY AND INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT

16. La métamorphose de la fonction juridictionnelle internationale 377
Georges Abi-Saab

17. La Commission du droit international comme agent de formalisation du droit de la responsabilité : Modalités et significations de l'utilisation d'arbitrages partiellement détachés du droit positif 399
Olivier Corten & Pierre Klein

18. Insolvency and State Responsibility 421
Christian Tomuschat

19. L'immunité d'exécution des comptes bancaires des missions diplomatiques et consulaires 447
Jean Salmon

20. Protection diplomatique réussie et réparation due : Une glose 477
Luigi Condorelli

21. Quel préjudice pour un État qui exerce la protection diplomatique? 487
Giorgio Gaja

22. Is There an Individual Right to Reparation? Some Thoughts on the ICJ Judgment in the *Jurisdictional Immunities* Case 495
Enzo Cannizzaro

23. The Trend Towards the Restitution of Cultural Properties: Some Italian Cases 503
Tullio Scovazzi

24. Sur les relations entre immunités et *jus cogens*, à la lumière de l'arrêt Allemagne–Italie du 3 février 2012 527
Joe Verhoeven

25. Les assurances et garanties de non-répétition : Entre rupture et continuité 539
Magnus Jesko Langer

26. The Representation of the "Main Forms of Civilization" and of "the Principal Legal Systems of the World" in the International Court of Justice 581
Bardo Fassbender

27. La relation titres/effectivités dans la jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice (2004-2012) 599
Marcelo G. Kohen

28. International Arbitrators as Part of a Peace Process: Lessons from the Abyei Arbitration? 615
Luisa Vierucci

29. Nomination et élection des juges à la Cour internationale de Justice 639
Antonio Remiro Brotóns

30. The Intertwining of the Will of the Parties and Compulsory Jurisdiction under the Law of the Sea Convention 661
Tullio Treves

31. La *lex arbitrii* dans l'arbitrage commercial international : Mythe ou réalité? 669
Jean-Michel Jacquet

32. Méthodologie extraordinaire pour trouver le sens ordinaire ? Le sens ordinaire pour les tribunaux compétents en matière d'investissement 689
Shotaro Hamamoto

PARTIE III / PART III

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME

INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

33. Human Rights in the International Court of Justice: Are We Witnessing a Sea Change? 711
Bruno Simma

34. Le vide ou le trop plein : Le droit international des droits de l'homme, vingt ans après la Conférence mondiale de Vienne 739
Emmanuel Decaux

35. Notes sur la « fragmentation » du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme 757
Alain Pellet

36. Juridiction étatique et imputation des violations extraterritoriales des droits de l'homme : Quelques observations 785
Pasquale De Sena

37. Respect des religions et lutte contre le fanatisme 803
Mario Bettati

38. Retos, amenazas y esperanzas en el sistema de control y garantía de los derechos humanos en Naciones Unidas 813
Jorge Cardona Llorens

39. Le traitement des violations systématiques des droits de l'homme du passé récent : Le long parcours de l'Argentine 839
Mónica Pinto

40. Le siège de Sarajevo : Hier, aujourd'hui 859
Rafaëlle Maison

41. Droit « flou », droit « doux » ou droit « mou » ? Brèves réflexions sur la « texture » des mesures conservatoires et des constatations dans les procédures individuelles devant le Comité des droits de l'homme 875
Ottavio Quirico

PARTIE IV / PART IV

LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT

INTERNATIONAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT

42. Science and International Litigation 891
Philippe Sands

43. Le constitutionnalisme « vert », *Much Ado about Nothing* ? 909
Laurence Burgorgue-Larsen

44. Les juridictions internationales et le principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces 929
Yann Kerbrat et Sandrine Maljean-Dubois

45. La dimension environnementale des droits de l'homme entre individualisme et intérêt collectif 949
Francesco Francioni

46. Le droit à l'eau et la satisfaction des besoins humains : Notions de justice 967
Laurence Boisson de Chazournes

47. Against All Odds: The Contribution of the Convention on Biological Diversity to International Human Rights Law 983
Elisa Morgera

PARTIE V / PART V

BIBLIOGRAPHIE DE PIERRE-MARIE DUPUY

BIBLIOGRAPHY OF PIERRE-MARIE DUPUY

Bibliographie 999

PRÉFACE

Les « éditeurs », au sens anglais du terme, et surtout les contributeurs des présents *Mélanges* sont particulièrement heureux de remettre au professeur Pierre-Marie Dupuy le présent volume qui concentre tant de contributions de valeur, réunissant parmi les meilleurs noms de la doctrine du droit international, ses amis, ses collègues, ses élèves ; les hasards de l'histoire, les qualités d'un maître et la personnalité du dédicataire ont fait qu'un certain nombre d'entre eux ont le privilège de cumuler les trois qualités. Ce volume marque certainement la fin d'une carrière d'enseignant mais nullement celle de l'écrivain, du praticien et du consultant ; qu'il soit surtout un témoignage de reconnaissance pour ce que le professeur Pierre-Marie Dupuy nous a apporté et continuera de nous apporter.

Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales

FOREWORD

The editors of this volume, as well as its contributors, are particularly pleased to present this collection of essays to Professor Pierre-Marie Dupuy. The volume gathers contributions from some of the leading publicists, who are also Professor Dupuy's friends, colleagues, and former students. The long career of Professor Dupuy, his remarkable qualities as a scholar and his deep personal influence have made it possible for many of the contributors to this volume to cumulate the three aforementioned capacities. This collection of essays marks Professor Dupuy's retirement from his career as a teacher, but highlights also the continuity of his contribution as a writer, a practitioner and a consultant. May it be, above all, a mark of gratitude for the long-lasting contribution of Professor Pierre-Marie Dupuy to all of us!

Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales

BIOGRAPHIE

Pierre-Marie Dupuy, né le 5 octobre 1946 à Paris.

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris. Diplômé d'études supérieures de droit public. Diplômé d'études supérieures de science politique. Docteur d'Etat en droit (1974). Agrégé des facultés de droit (1974). Professeur successivement aux Universités de Strasbourg, Paris Val-de-Marne et, depuis 1981, à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Ancien directeur de l'Institut des hautes études internationales de Paris (Université Panthéon-Assas, Paris II). Professeur à l'Institut universitaire européen de Florence (2000-2008) et à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève (2008-2012). Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Membre associé de l'Institut de droit international. Ancien co-directeur de la *Revue générale de droit international public*. Membre fondateur du comité de rédaction du *Journal européen de droit international*. Membre du Steering Committee of the Project on International Courts and Tribunals, parrainé par le Center on International Cooperation (NWY) et la Foundation on International Environmental Law and Development (Université de Londres). Membre du conseil de la Société française pour le droit international.

Professeur invité à l'Université de Michigan (Ann Arbor Law School) (1990, 1992, 1998) ; aux Universités de Kyoto et Tokyo (1993) ; à l'Université Ludwig Maximilian de Munich (1993-1994) ; à l'Universidad Complutense de Madrid (1996, 1997). Directeur du Centre de recherche de l'Académie de droit international de La Haye, session de 1985, où il a également donné le cours général de droit international public en 2000.

Conseil et avocat devant la Cour internationale de Justice dans de nombreuses affaires. Arbitre dans plusieurs litiges aussi bien en matière d'investissements qu'en matière territoriale.

BIOGRAPHY

Pierre-Marie Dupuy, born on 5 October 1946 in Paris.

Diplôme, Institut d'études politiques de Paris. Diplôme d'études supérieures de droit public. Diplôme d'études supérieures de science politique. Docteur d'Etat en droit (1974). Agrégé des facultés de droit (1974). He has been successively a professor at the Universities of Strasbourg, Paris Val-de-Marne and, from 1981 onwards, at the University Panthéon-Assas (Paris II). Former Director of the Institut des hautes études internationales de Paris (University Panthéon-Assas, Paris II). Professor at the European University Institute in Florence (2000–2008) and at the Graduate Institute of International and Development Studies in Geneva (2008–2012). Emeritus Professor at the University Panthéon-Assas (Paris II).

Associate member of the Institut de droit international. Former co-director of the *Revue générale de droit international public*. Founding member of the editorial committee of the *European Journal of International Law*. Member of the Steering Committee of the Project on International Courts and Tribunals, sponsored by the Center on International Cooperation (NWY) and the Foundation on International Environmental Law and Development (University of London). Member of Board of the Société française pour le droit international.

Visiting Professor at the University of Michigan (Ann Arbor Law School) (1990, 1992, 1998); at the Universities of Kyoto and Tokyo (1993); at the University Ludwig Maximilian of Munich (1993–1994); at the Universidad Complutense de Madrid (1996, 1997). Director of the Research Center of the Hague Academy of International Law, session of 1985, where he also gave the General Course on Public International Law in 2000.

Counsel and advocate before the International Court of Justice in numerous cases. Arbitrator in several investor-state and inter-state disputes.

PARTIE I

LE DROIT INTERNATIONAL : PERSPECTIVES THÉORIQUES ET HISTORIQUES

PART I

THEORETICAL AND HISTORICAL PERSPECTIVES ON INTERNATIONAL LAW

CHAPTER ONE

THE PROGRESSIVE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW: HISTORY, THEORY AND PRACTICE

James Crawford AC, SC, FBA, LLD*

1. Introduction

The mission of the International Law Commission (ILC), described in Article 1(1) of its Statute,[1] is *prima facie* simple, calling for 'the promotion of the progressive development of international law and its codification'. These words, in turn, derive from Article 13 of the Charter of the United Nations, which in paragraph (1)(a) directs the General Assembly to "initiate studies and make recommendations for the purpose of [...] promoting international co-operation in the political field and encouraging the progressive development of international law and its codification".

Although the term 'the progressive development and codification of international law' is frequently used, it is as frequently transmuted to (or misquoted as) 'codification and progressive development' as if progressive development was something to be done afterwards—once the task of codification was at least in principle complete. Moreover the composite phrase acts almost as an umbrella—a shield designed to forestall further inquiry whilst, underneath, the ILC goes about its business. Little attention to given to the question of what distinguishes 'progressive development' on the one hand from 'codification' on the other. In this chapter I start by inquiring into the origins and current status of progressive development in the practice of the ILC. At the risk of revealing the substance of what follows, its conclusions may be summarized as follows: 'progressive development is dead; long live progressive development'.

---

* Whewell Professor of International Law, University of Cambridge; Research Professor of Law, La Trobe University, Melbourne. Many thanks to Cameron Miles, PhD student, Trinity Hall, University of Cambridge, for his considerable help in the preparation of this chapter.

[1] Adopted in GA Res 174(II), 21 November 1947 and as amended by GA Res 485(V), 12 December 1950; GA Res 984(X), 3 December 1955; GA Res 36/39, 18 November 1981.

This chapter is in three parts. The first will consider the concept of codification (progressive development did not yet exist) before 1947. The second will address the period 1947 to 1949, and the incorporation of progressive development and codification into the Charter and the ILC Statute. The third section will examine the modern process of progressive development within the ILC, and its reception by states as relevant consumers of the Commission's work. When I began work on this chapter, I had thought to call it 'the progressive development of progressive development', but as we shall see this would have been inaccurate. Although it appeared as if an extant concept in the Charter, the instinct of the Commission from the beginning has been to read down, to minimize, even to sublimate it. But in its sublimated role, progressive development is alive and well. Successful codification *requires* progressive development (and the two concepts are barely separable). Only when codification is unsuccessful does progressive development stand exposed, naked and ashamed. Good codification is acceptable progressive development; bad codification is progressive development that failed!

2. History

2.1. *The 18th and 19th Centuries and the Codifying Impulse*

The notion that international law can and should be codified is not new. The idea of reducing the law of nations to a clear and comprehensible set of rules dates back to the birth of the codification movement itself, in the intellectual aspirations of 18th century Europe that gave birth to the *Code civil des français* (the *Code Napoléon*), among others.[2] That idea—and indeed the term 'international law' itself[3]—arose from the work of Jeremy Bentham, who in a series of four essays written between 1786 and 1789 grouped together and entitled *The Principles of International Law*, envisaged an international code deriving from the application of his principle of utility to inter-state relations as the basis of a scheme for a permanent peace. Bentham made little effort to base his plans on the law of nations as it then stood. Rather, he favoured a Utopian model, the fundamental principles of which were, *inter alia*: (1) the total reform of international relations, including the abandonment of colonies and the rejection of defensive or offensive alliances between states; (2) the institution of a common court for the adjudication of inter-state claims; and (3) the establishment of a common

[2] P.J. Baker, "The Codification of International Law", *British Yearbook of International Law*, 5, 1924, 38.

[3] Generally: M.W. Janis, "Jeremy Bentham and the Fashioning of 'International Law'", *American Journal of International Law*, 78, 1984, 405.

legislature between states and the creation of an international armed force for the enforcement of the decisions of the court.[4]

Of course Bentham's proposal proved wholly unrealistic,[5] although the idea of codification was revived from time to time. However, although supported by leading scholars,[6] this interest in codification of international law was on the whole not shared by governments. Rosenne attributes their reluctance to the lack of organized legal services within foreign offices and to the corresponding absence of international administrative organs capable of coordinating what would necessarily have been a collective enterprise.[7]

This is not the time for an extensive account of these late-19th century codification efforts, which led nowhere.[8] Nor did the first real attempt at codification, the 1930 Hague Conference for the Codification of International Law.[9] This arose from a recommendation by the 1920 Advisory Committee of Jurists appointed to prepare a draft Statute for the Permanent Court of International Justice. The Committee, concerned that the effectiveness of the proposed Court would be inhibited by the lack of a clear statement of its applicable law, suggested that this *lacuna* might be filled through the resumption of the work of the 1899 and 1907

---

[4] See J.H. Burton (ed.), *Bentham's Works*, vol. 2, Edinburgh/London, Simpkin/Marshall, 1843, 535–61. Bentham's "Plan for a Universal and Perpetual Peace" was published as Essay IV: *ibid*., 546–61. In 1827, Bentham issued a proposed codification along the lines previously theorized. This was reproduced in *Proceedings of the American Society of International Law*, 4, 1910, 223.

[5] A more accurate prediction of the manner in which international law would unfold was essayed by the Philosopher of Königsberg, Immanuel Kant, in his 1795 polemic "Perpetual Peace: A Philosophical Sketch", reproduced in H.S. Reiss (ed.), *Kant: Political Writings*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 93.

[6] Baker, "Codification of International Law", 38.

[7] S. Rosenne, "The International Law Commission, 1949–59", *British Yearbook of International Law*, 36, 1960, 106.

[8] An excellent summary of these may be found in this survey prepared by the Division of Development and Codification of International Law of the UN Secretariat, UN Doc. A/AC.10/5, of 29 April 1947, as reproduced in *American Journal of International Law Supplement*, 41, 1947, 29. This identifies the Conference of Vienna 1814–15 and the Declaration of Paris of 1856 as the first attempts at an organized codification of certain rules of international law: *ibid*., 32. Further: R.Y. Jennings, "The Progressive Development of International Law and its Codification", *British Yearbook of International Law*, 24, 1947, 301 (footnote 2). Rosenne describes this as an exaggeration: the purpose of the Congress and other 19th century diplomatic conferences of similar type was to reduce friction between states (e.g. through the adoption of rules of diplomatic precedence): "The International Law Commission", 107. Cf. H.W. Malkin, "The Inner History of the Declaration of Paris", *British Yearbook of International Law*, 8, 1927, 2.

[9] Generally: S. Rosenne (ed.), *Conference for the Codification of International Law, 1930*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 1975.

Hague Peace Conferences.[10] Thus, the codifying impulse—heretofore of merely scholarly concern—was placed in the political context of an international conference supported by governments.[11]

2.2. *The Meaning of 'Codification'*

It is worth pausing to discuss what codification actually meant in the 1920s and 1930s. One view, expressed by P.J. Baker, then Cassel Professor of International Relations at the University of London, distinguished 'codification' by reference to 'legislation' in the following terms:

> [C]odification properly used means the writing down of existing law, [while] the making of new law, either *in vacuo* or by the amendment or development of existing rules, ought to be termed legislation. This need not involve an absolutely rigid adherence to the distinction made. Codification may involve minor changes to the existing law and legislation may include the re-enactment of some parts of the existing law; but broadly the distinction is clear.[12]

Baker thought of the codification of international law by reference to municipal analogies within the English legal system.[13] 'Codification' was seen as the equivalent of the English consolidating statute, essentially condensing and harmonizing existing rules, whilst 'legislation' was equated with an enactment establishing legal rules for the first time.[14] Robert Jennings, writing some two decades later, said that "[i]t is difficult to find any convincing reason or authority for thus artificially restricting the meaning of the term", and notes that although codification clearly implies the reduction of law to writing, "it equally clearly has no necessary implications concerning the materials to be used in making the code".[15]

On this view codification is seen as a systematizing exercise designed to produce a clear and coherent statement of the law within certain confines. But while existing law may represent the starting point of the enterprise, it may prove necessary to fill gaps, to harmonize discrepancies and to resolve differences of opinion. To codify is to develop, if only subsidiarily. As Hersch Lauterpacht was to remark:

> The task of codifying international law, if it is to mean anything, must be primarily one of bringing about an agreed body of rules rather than introducing systematic

---

[10] *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, The Hague, Van Langenhuyssen Bros., 1920, 747–8.

[11] Rosenne, "The International Law Commission", 108.

[12] Baker, "The Codification of International Law", 41.

[13] He was hardly alone in this: see generally H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London/New York, Longmans Green and Co., 1927.

[14] Baker, "The Codification of International Law", 42.

[15] Jennings, "Progressive Development of International Law", 302.

> order and precision into legal rules already covered by customary or conventional agreement of states.[16]

But the rudimentary condition of international law in the early 20th century required the codifier to go well beyond what would ordinarily be considered codification within a domestic framework: the gaps were wider, the discrepancies more pronounced, the differences of opinion more violent and coloured by national preferences. Thus Brierly stressed that codification at the international level required a measure of political participation, providing both legitimacy and policy direction.[17] He adhered to this view in his capacity as Rapporteur of the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, which was charged by the General Assembly with implementing Article 31 of the Charter.[18] The same view was adopted within the Codification Division of the Office of Legal Affairs and notably in the magisterial memorandum prepared by Hersch Lauterpacht in 1947.[19]

A related consideration on this point concerns the *form* of codification. Every codification necessarily implies a measure of development, but there are two generally accepted models.[20] The first is that of the multipartite treaty, which is best suited for the active development of the law, i.e. in cases where the revision is such as to require the actual consent of states. The second is that of a restatement providing authoritative evidence of customary international law. Depending on the source of the codification, it may serve as state practice reflecting custom

---

[16] H. Lauterpacht, "Codification and Development of International Law", *American Journal of International Law*, 49, 1955, 22.

[17] J.L. Brierly, "The Future of Codification", *British Yearbook of International Law*, 12, 1931, 2–4.

[18] UN Doc. A/AC.10/30, 20 May 1947, 2–3: As soon as you set out [to codify the existing law] you discover that the existing law is often uncertain, that for one reason or another there are gaps in it which are not covered. If you were to disregard these uncertainties and these gaps and simply include in your code rules of existing law which are absolutely certain and clear, your work would have little value. Hence, the codifier, if he is competent for his work, will make suggestions of his own; where the rule is uncertain, he will suggest which is the better view; where a gap exists, he will suggest how it can best be filled. If he makes it clear what he is doing, tabulates the existing authorities, fairly examines the arguments pro and con, he will be doing his work properly. But it is true that in this aspect of his work he will be suggesting legislation—he will be working on the *lex ferenda*, not the *lex lata*—he will be extending the law and not merely stating the law as it already exists.

[19] UN Doc. A/CN.4/Rev.1, 10 February 1949, reproduced in E. Lauterpacht (ed.), *International Law, being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, 450–1.

[20] Jennings, "The Progressive Development of International Law", 303–10. Further: A. Watts, "Codification and Progressive Development of International Law", in R. Wolfrum (gen. ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, para. D.

under Article 38(1)(b) of the Statute, or as a subsidiary means of determining the law under or by analogy with Article 38(1)(d).

2.3. *The 1930 Hague Codification Conference*

The work of the 1930 Hague Codification Conference showed how the process of codification as described is a necessary—but not sufficient—condition for success. In 1924, the League Assembly suggested that the Council convene a Committee of Experts to identify those areas of international law with respect to which codification was 'most desirable and realizable' and, after receiving the comments of states, to report back to the Council on those areas 'sufficiently ripe' for development.[21] In 1927, the Committee (composed of 17 jurists drawn from a variety of legal traditions)[22] reported that it had identified three topics worth further investigation at a diplomatic conference: these were nationality, territorial waters and state responsibility. It proposed a Preparatory Committee, which would draw up 'bases of discussion' for elaboration by states. This plan was approved by the Assembly in September 1927, and forwarded to the Council for action.[23] The Conference was convened in The Hague in March and April 1930.

As is well known, the Conference was far from successful, with the Commissions charged with consideration of state responsibility and the territorial sea unable to reach agreement on vital points. The Commission examining the question of nationality, by contrast, brokered an effective draft convention, which was adopted by the Conference as a whole.[24]

The failure of the 1930 Hague Conference was inevitable given the time allocated for consideration of the topics: the conclusion of three draft conventions in a little over a month was an impossible task.[25] But the experience provides one useful insight, related to the differences in approach between the Commission on Nationality and the Commissions on the Territorial Sea and the Responsibility of States. Brierly noted that the Commission on Nationality "was the only one that had any particular reform of the law in view when it began its work".[26] As a

---

[21] Resolution of 22 September 1924, reproduced in *American Journal of International Law Supplement*, 41, 1947, 102.

[22] Resolution of 12 December 1924, reproduced in *American Journal of International Law Supplement*, 41, 1947, 104.

[23] Resolution of 27 September 1927, reproduced in *American Journal of International Law Special Supplement*, 22, 1928, 231.

[24] Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, 13 April 1930, 179 LNTS 89. Also concluded were the Protocol relating to Military Obligations in Certain Cases of Double Nationality, 12 April 1930, 178 LNTS 227 and the Special Protocol concerning Statelessness, 13 April 1930, LN Doc C.27.M.16.1931.V (not in force).

[25] See the analysis in Rosenne, *League of Nations*, vol. 1, xliii.

[26] Brierly, "The Future of Codification", 5. Also: Jennings, "The Progressive Development of International Law", 307.

result, it was able to avoid repetition of the usual points of disagreement in the field (as seen, for example, in the debate over the width of the territorial sea) and to make progress.

3. Theory

3.1. *The San Francisco Conference and Article 13(1)(a) of the UN Charter*

This brings us to the idea of codification embedded in Article 13(1)(a) of the UN Charter and Chapter II of the ILC Statute. To begin with the former,[27] a significant feature of the 1944 Dumbarton Oaks Proposals[28] that preceded the San Francisco Conference was a lack of recognition of the role of law in inter-state relations.[29] This prompted remarks and suggested amendments by a number of states,[30] and led in turn to further discussion of the idea by Committee II/2 and Sub-Committee II/2/A at San Francisco, with a view to amending chapter V, section B, paragraph 6 of the Dumbarton Oaks Proposals. The proposed amendments provoked four questions of principle, asked and answered within Committee II/2 as follows:[31]

(1) Should the General Assembly be empowered to initiate studies and make recommendations for the codification of international law? Answer: yes.
(2) Should the General Assembly be empowered to initiate studies and make recommendations for promoting revision of the rules and principles of international law? Answer: yes.
(3) Should the General Assembly be authorized to enact rules of international law which shall become binding upon Members after such rules shall have been approved by the Security Council? Answer: no.
(4) Should it be provided that upon the failure of the Security Council to act on such rules within the period specified by the Charter, they should become effective and binding in the same manner as if they had been approved by the Security Council? Answer: no.

With the Committee having thus rejected the notion that the General Assembly was to function as a kind of hybrid legislative/codification body in its own right, the matter was referred to Sub-Committee II/2/B for drafting. That committee

---

[27] Generally: Y.-L. Liang, "The General Assembly and the Progressive Development and Codification of International Law", *American Journal of International Law*, 42, 1948, 66–70; Rosenne, "The International Law Commission", 109–112; C.-A. Fleischhauer, "Article 13", in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, 300–1.

[28] See *Documents of the United Nations Conference on International Organization San Francisco (UNCIO), 1945*, vol. 3, Buffalo, Hein, 1945, 1.

[29] Rosenne, "The International Law Commission", 109.

[30] *UNCIO Documents*, vol. 3, 623.

[31] *Ibid*., vol. 9, 69 (Committee II/2), 346 (Sub-Committee II/2/A).

was composed of the Chairman and Rapporteur of Committee II/2 (from Bolivia and the Dominican Republic) and representatives from Australia, Belgium, Mexico, the Soviet Union, the United Kingdom and the United States.[32]

At no stage in the Committee's earlier deliberations had the words 'progressive development' been mentioned. They first appear in the work of the Sub-Committee II/2/B, in one of the two proposals forwarded for the consideration of the Committee as a whole. Within the Sub-Committee, a sharp division arose as to whether the concept 'revision of the law' mentioned in the second question asked included the notion of 'development'.[33] Two alternatives were presented to the Committee. The first, supported by a majority of the Sub-Committee, would have permitted the General Assembly to take action "for the codification of international law, the encouragement of its development and the promotion of its revision". The second—supported by a minority that included the United States—provided that the General Assembly could recommend studies "for the encouragement of the progressive development of international law and its codification". The report of the Sub-Committee stressed that 'progressive development' covered the concept of revision.

On consideration by the Committee at its 21st meeting, those in favour of the first option spoke of the need to expressly mention 'revision' in order to soften the reference to 'codification'—the fear seems to have been that an untrammelled reference to the latter could lead to the kind of paralysis that had doomed the 1930 Hague Conference. The latter view, eventually adopted, was that the term 'progressive development' implied 'modifications as well as additions to the existing rules' and as such struck, in the words of the American delegate, "a nice balance between stability and change".[34] It was this text that eventually found its way into Article 13(1)(a).

As noted by Rosenne, the insertion of codification and progressive development into the constituent document of the United Nations was, in a way, revolutionary, as it stressed "the *political* intent of the organized international community in what had hitherto been commonly regarded as the special preserve of lawyers".[35] But the *travaux préparatoires* of the Charter throw little light—beyond reference to vague notions of 'revision'—on the delineation between the two concepts. This would have to await the drafting of the ILC Statute, in which those states opposed to the evolution and elaboration of international law made themselves known in a series of running skirmishes.

---

[32] Sub-Committee II/2/A boasted the same composition, with the omission of the US.

[33] *UNCIO Documents*, vol. 9, 419. The precise meaning of 'revision' remains mysterious: see Rosenne, "The International Law Commission", 110 note 4.

[34] *UNCIO Documents*, vol. 9, 177.

[35] Rosenne, "The International Law Commission", 111–12.

3.2. *The Drafting of the ILC Statute*

Article 13(1)(a) of the Charter having been adopted, it remained to implement it. The matter was referred to the Sixth (Legal) Committee of the General Assembly,[36] which recommended that a Committee be set up to study the methods that might be adopted. The General Assembly[37] requested that the Committee report on (a) methods by which the Assembly should encourage the progressive development of international law and its eventual codification, (b) methods of securing the co-operation of the several organs of the United Nations to this end, and (c) methods of enlisting the assistance of such national or international bodies as might aid in the attainment of the objective.[38] Thus was born the Committee for the Progressive Development of International Law and its Codification, known occasionally as the Committee of 17. Its Bureau comprised Sir Dalip Singh (India; Chairman), Professor Vladimir Koretsky (Soviet Union) and Dr Antonio Rocha (Colombia) (Vice-Presidents) and Professor J.L. Brierly (United Kingdom; Rapporteur).[39] Yuen-Li Liang, the Director of the Division of Development and Codification of International Law of the United Nations Secretariat, was appointed Secretary.

The Committee held its first meeting at the temporary UN headquarters at Lake Success in New York on 12 May 1947: Brierly's final report was presented to the Sixth Committee on 13 June of the same year. Its deliberations are revealing.[40] The Committee quickly agreed with a proposal by the US representative, Philip Jessup, that the best means of realizing the potential of Article 13(1)(a) would

---

[36] UN Doc. A/29, 2 August 1946.

[37] GA Resolution 94 (I), 11 December 1946.

[38] These were not the only tasks assigned to the Committee: by GA Resolution 38 (I) and GA Resolution 95 (I) of 11 December 1946, the Committee was also required to report on the Draft Declaration of the Rights and Duties of States, and to 'treat as a matter of primary importance the plans for the formulation, in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind, or of an International Criminal Code, of the principles recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the judgment of that Tribunal'. The Economic and Social Council, by its Resolution 47 (IV) of 28 March 1947, also requested that the Secretary-General consult with the Committee regarding the preparation of a draft convention on the crime of genocide.

[39] The full list of representatives was as follows: Enrique Ferrer Vieyra (Argentina), W.A. Wynes (Australia), Gilberto Amado (Brazil), Shi-hsi Hsu (China), Antonio Rocha (Colombia, replaced by Jesus Maria Yepes), Wabid Rafaat (Egypt, replaced by Osman Ebeid), Henri Donnedieu de Vabres (France), Sir Dalip Singh (India), J.G. de Beus (the Netherlands), Roberto de la Guardia (Panama), Konstanty Grzybowski (Poland, replaced by Alexander Rudzinski and Alexander Bramson), Erik Sjöborg (Sweden), Vladimir Koretsky (USSR), J.L. Brierly (UK), Philip C. Jessup (US), Carlos Eduardo Stolk (Venezuela), Milan Bartoš (Yugoslavia).

[40] Generally: Liang, "The General Assembly and International Law", 70–85; Rosenne, "The International Law Commission", 112–20; H. Briggs, *The International Law Commission*, Ithaca, Cornell University Press, 1965, 129ff.

be the creation of a more-or-less permanent Commission as a subsidiary organ of the General Assembly.[41] The central controversy, however, was the distinction between progressive development and codification and, more particularly, whether the proposed Commission should adopt different procedures for each process. Jessup had observed, in part, that:

> The task of this Commission [...] embraces the dual function of planning for the ascertainment and reflection of the existing customary law, and of devising the most appropriate procedures for the development of new law to meet the world's needs.[42]

These methods and procedures, he added, would vary depending on whether the task before the Commission was the codification or progressive development of international law. The Secretariat, in a memorandum of 6 May 1947,[43] had highlighted two proposals: codification by draft convention, and the preparation of 'persuasive' materials through scientific restatements, which could then form the basis of a further convention. Brierly, who was keenly aware of the deficiencies of the convention method of codification, which had led more or less directly to the failure of the 1930 Hague Conference, protested;[44] so did Erik Sjöborg of Sweden.[45] They were concerned that requiring the production of conventions would hamstring the Commission, as, in Brierly's words "the main purpose of codification is not to find the rules which are acceptable to the parties, which is inevitably the first consideration of a convention, but to state what the rules already are".[46] In relation to progressive development, Brierly pointed out that the term necessarily possessed broader connotations than codification, justifying the adoption of a different method. He remained adamant, however, that a draft convention was not the appropriate way to go about the codification of international law.[47]

Brierly and Sjöborg were opposed by Koretsky of the Soviet Union, who took the view that codification and progressive development were fundamentally the same concept—or at the very least that there was insufficient difference between them to justify separate procedures.[48] Koretsky's motivations in this respect become clearer when he concluded that there was only one way that the Commission could proceed, and that "[i]n order to arrive at obligatory norms, it would be necessary to conclude international conventions".[49] Clearly the Soviet preference was for a Commission that would require some form of state assent

---

41 UN Doc. A/AC.10/14, 12 May 1947.
42 UN Doc. A/AC.10/11, 13 May 1947, 5.
43 UN Doc. A/AC.10/7, 6 May 1947, 7.
44 UN Doc. A/AC.10/16, 12 May 1947, 2–3.
45 UN Doc. A/AC.10/24, 16 May 1947, 4.
46 UN Doc. A/AC.10/16, 12 May 1947, 3.
47 UN Doc. A/AC.10/ 30, 20 May 1947, 2–3. Extracted above note 18.
48 UN Doc. A/AC.10/SR.4, 5, and Add.1.
49 *Ibid*., 6. For further details of the discussion, see Liang, "The General Assembly and International Law", 71–3.

to generate any binding norms. Another, less charitable reading would be that by forcing the Commission to produce its results in the form of draft conventions, the Soviet Union hoped that it would be able to replicate the paralysis seen at The Hague in 1930. The Committee did not agree, however, and Brierly's final report as Rapporteur of the Committee maintained the separation between the two concepts and recommended that the Commission be authorized to produce its findings in several forms, including as conventions and "more precise formulation and systematization[s] of the law" (in other words, as restatements) in fields where there had already been extensive state practice, precedent and doctrine. The preference of the Committee appeared to be that draft conventions would only be used where the subject of the Commission's inquiry "ha[d] not yet been regulated by international law or in regard to which the law ha[d] not yet been highly developed or formulated in the practice of states",[50] that is, in case of progressive development. This division remains enshrined in Article 15 of the ILC Statute,[51] which provides, however, that the two terms are used only "for convenience".

With the concepts thus separated, it fell to the Committee to determine the procedures to be used for each. Koretsky again attempted to bring the proposed Commission under state control, proposing repeatedly that the General Assembly determine the topics to be undertaken by the Commission with respect to both codification and progressive development.[52] Koretsky observed that under his preferred model, it would be for the General Assembly to "issue instructions" to the Commission "and to choose the topics where rules of international law were needed". He further proposed that every draft produced by the Commission "must first be considered from a political aspect" and that "every draft or subject should first be examined by a political body".[53] Koretsky's opposition was registered in this respect against a joint US–Chinese model under which the Commission might receive proposals for progressive development from multiple sources, including from within the Commission itself.[54] By way of compromise, Jessup suggested that with respect to progressive development the possibility that the Commission could begin work on a topic *proprio motu* be excluded, for

---

[50] UN Doc. A/AC.10/51, 10 June 1947, para. 7.

[51] This provides: In the following articles the expression "progressive development of international law" is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed by the practice of States. Similarly, the expression 'codification of international law' is used for convenience as meaning the more precise formulation and systematization of rules in international law in fields where there has already been extensive State practice, precedent and doctrine.

[52] See UN Docs. A/AC.10/SR.4, 7; A/AC.10/SR.6, 9; A/AC.10/SR.11, 9; A/AC.10/SR.13, 13–15; A/AC.10/SR.14, 10.

[53] UN Doc. A/AC.10/SR.13, 13–15.

[54] UN Doc. A/AC.10/33, 23 May 1947, 3–5.

the practical reason that the Commission—which was to be set up for an initial period of three years—would already have enough work assigned to it. However, he was emphatic that "[h]e did not wish to be understood as having dropped the principle that the Commission should take the initiative in its work".[55]

Koretsky was not satisfied with limiting the Commission with respect to only one half of its mandate, and when the Committee came to consider the procedure with respect to codification, pressed for a similar concession. Jessup sought to rely on the bargain already struck, and stated that his willingness to forego the initiative of the Commission with respect to progressive development was predicated on the inclusion of that initiative with respect to codification.[56] Koretsky dropped the point, but still opposed a US proposal—adopted eventually by 13 to 3—that the General Assembly adopt a resolution instructing the Commission "to survey the whole field of customary International Law with a view to selecting topics for codification".[57]

What, then, was the result of this—one of the earliest Cold War skirmishes within international law? The proposal that eventually emerged from the Committee of 17, to be considered in turn by the Sixth Committee, was characterized by two features: first, the separation of codification and progressive development within the work of the Commission; and second, the adoption of different working methods for each, with the Commission capable of generating work *proprio motu* only in cases of codification. It appears to have been recognized that this was a compromised text, and the ILC's own views in this respect are revealing. When reconsidering its Statute in 1951,[58] the Commission returned to the division between codification and progressive development, with Manley O. Hudson of the United States noting that:

> The Commission's Statute established a very sharp distinction between the development of International Law and its codification. But in practice, there could be no codification without development. He would be in favour of minimizing the distinction by adopting the same procedure for both.[59]

Liang, now Secretary of the Commission, responded to Hudson by pointing out that the distinction "was hardly defensible scientifically", but that it had been necessary to obtain Koretsky's consent to realizing the true aim of the Committee of 17 (or at least some of its more enlightened members), being "to avoid enshrining the method of codification by international convention as the sole method of codification".[60] These remarks may be taken to indicate from the very

---

[55] UN Doc. A/AC.10/SR.14, 4.
[56] *Ibid.*, 5.
[57] *Ibid.*, 6.
[58] Pursuant to GA Resolution 484 (V), 12 December 1950.
[59] ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1951-II, 137.
[60] *Ibid.*, 134.

outset that Brierly, Jessup and their supporters were willing to sacrifice the initiative of the Commission with respect to progressive development so long as: (a) that initiative was maintained with respect to codification (which itself implied a measure of development); and (b) it was able to present its conclusions on codification in a form other than that of a draft convention. By such a standard, the work of the Committee of 17, as reflected in the text of the Statute, was a resounding success—even if it did result in the term 'progressive development' being given a thoroughly misleading status by virtue of its conceptual and procedural separation.

This may be seen in the provisions of the Statute itself. Chapter II, Part A of the Statute deals with the concept of progressive development. Article 16 provides that progressive development may only take place "[w]hen the General Assembly refers to the Commission a proposal for the progressive development of international law". Read in conjunction with Article 15, which refers to progressive development solely in terms of "the preparation of draft conventions", the results cannot be presented in the form of a restatement, but must be presented to the General Assembly through the Secretary-General with recommendations. No such limitation is present in relation to the procedure for codification contained in Chapter II, Part B, Article 18 of which allows the Commission to consider topics of its own volition (although it must give priority to requests of the General Assembly under paragraph 3). Equally significant is Article 23—described by Liang as the "keystone"[61]—paragraph 1 of which allows the Commission, on completing a work of codification: (a) to take no action, the Commission's report having been published under Article 22; (b) to take note of or adopt the report by resolution; (c) to recommend the draft to Members with a view to the conclusion of a convention; or (d) to convoke a diplomatic conference to conclude a convention.

4. Practice

4.1. *The Early Practice of the ILC and the Parameters of Progressive Development*

The Statute was adopted by the General Assembly in November 1947,[62] and the Commission got to work in 1948, aided by Lauterpacht's memorandum, which identified topics for codification pursuant to Article 18(1). A wide variety of potential subjects emerged from his survey, including such eventual successes as the

[61] *Ibid*., 132–3.

[62] GA Resolution 174 (II), 21 November 1947; GA Resolution 175 (II), 21 November 1947. This was preceded by a further stalling action by the Soviet Union, who felt it desirable that the Committee of 17 should continue its preparatory work: Rosenne, "The International Law Commission", 120.

law of treaties,[63] the law of diplomatic and consular intercourse and immunities[64] and the law of state responsibility.[65] Lauterpacht even predicted that within "two decades or so of such activity the results of the work of the International Law Commission [would] cover practically the entire field of international law".[66]

Koretsky was the Soviet member of the Commission. By the time of its first session in 1949 he had realized the true import of 'codification' as it appeared in the ILC Statute. In considering Lauterpacht's survey, Koretsky was of the view that "it was impossible to reach even a provisional agreement on the number of topics which should be codified" as "several of those topics were still matters of bitter controversy, or belonged to the field of the development of international law rather than to that of its codification".[67] In his view, the author of the memorandum, "seemed unduly interested in pre-Revolutionary Russia but displayed utter ignorance with regard to the situation in the USSR", and "[i]t was unpardonable that the Secretary-General should sanction such a display of ignorance".[68] Similarly the leading Soviet textbook Международное право[69]

---

[63] See Draft Articles on the Law of Treaties, ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966-II, 187; Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 UNTS 331.

[64] See "Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities", ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1958-II, 89; "Draft Articles on Consular Relations", ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1961-II, 92; Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18 April 1961, 500 UNTS 95; Vienna Convention on Consular Relations, 24 April 1963, 596 UNTS 261.

[65] See "Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts", ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001-II, 31. See now J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

[66] Lauterpacht, *Collected Papers*, vol. 1, 466.

[67] ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1949-I, 56.

[68] *Ibid*., 229. He further remarked that "[t]he author of the document was anti-democratic and anti-Soviet" and that "his eyes were closed to the new aspects of international customary law arising in Eastern Europe and he was happy in his ignorance": *ibid*., 230.

[69] Translations provided in Rosenne, "The International Law Commission", 155–6 n. 2. Международное право was published by the Institute of Law of the Academy of Sciences as was regarded as expressing the official Soviet view on international law. The 1951 edition, edited by Evgeny Korovin, declared (19): "Already at the first session of the Commission [...] representatives of the Anglo-American bloc aimed to use the codification of international law for legalizing the imperialist methods applied by the leaders of that bloc in international relations (declaration of the supremacy of international law over the national law, evasion of the Charter of the United Nations, etc.). From the Soviet side the concept was rejected, while accepting such rules of international law as may reinforce the elements of democratic legality and its real progressive development". In the 1957 edition, V.I. Lissovsky pronounced (32): "Taking into consideration that the American imperialists and their satellites have adopted the line of using international law for their criminal purposes, the Commission is faced with a struggle between the representatives of the camp of peace and democracy (headed by the Soviet Union), and the representatives of the camp of war and lawlessness, headed

(*Mezhdunarodnoe pravo* or, simply *International Law*) decried the codification of international law at the Commission as just another tool of the Anglo-American bloc designed to perpetuate imperialism.[70]

Koretsky oversaw another attack on the Commission's ability to engage in meaningful codification. Before beginning its work on any topic, the Commission was required by Article 18(2), if it considered codification of that topic desirable, to submit its recommendations to the General Assembly. Hudson, first Chairman of the Commission, took the position that when such a recommendation had been made the Commission was not under an obligation to wait for the Assembly's approval before moving forward.[71] Koretsky dissented, arguing that the Assembly's approval was essential, a position totally at odds with his previous arrangement with Jessup.[72] His actions served to tie up the Commission for two sessions before a vote was taken against him by a margin of 10 to 3.[73] The Commission's position was later upheld in the Sixth Committee.[74]

This was the last of Koretsky's dilatory moves, and it was there that his involvement with the Commission ended. At the opening of the 1950 session, Koretsky stormed out over the question of Chinese representation, referring to the member from the Republic of China, Shu-hsi Hsu as a representative of "the Kuomintang reactionary clique".[75] Hsu responded that he was not sitting as a representative of the Republic, but as a member of the Commission elected by the General Assembly.[76] Hudson declared Koretsky's proposal to remove Hsu to be out of order,[77] and won a vote on the subject by a margin of 10 to 1. Koretsky left and did not return,[78] leaving the Commission without a Soviet representative for two years. It was only in 1952 that Koretsky formally retired due to ill health, being replaced by F.I. Kozhevnikov.[79] From this point, the Soviet attitude to the Commission and its mission seems to have improved, with the high watermark in this respect coinciding with the involvement of Grigori Tunkin and Milan Bartoš of Yugoslavia from 1957. That year's edition of *Mezhdunarodnoe pravo* felt able to

---

by the United States of America. The imperialist States are aiming to use the work of codification of international law for their reactionary purposes [...] This reactionary policy is undermining the work of codification of international law".

70 Rosenne, "The International Law Commission", 155–7; L.T. Lee, "The International Law Commission Re-Examined", *American Journal of International Law*, 59, 1965, 546–8 note 15.

71 ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1949-I, 15.

72 *Ibid.*, 15, 20, 22, 26–7.

73 *Ibid.*, 32.

74 Further: Briggs, *The International Law Commission*, 164–8.

75 ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950-I, 1.

76 *Ibid.*

77 *Ibid.*, 2.

78 *Ibid.*

79 ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1952-I, 9.

remark that "on the whole, the codification of the norms of international law by the Commission shows a possibility of agreement between States belonging to different social systems, a possibility which is a condition precedent to peaceful coexistence".[80]

In the meantime, the Commission had been refining its notion of codification. This reduced dramatically the importance of progressive development as it appeared in the Statute and largely disregarded the division between codification and progressive development in Article 15. In its 1953 report on its Draft Convention on Arbitral Procedure—which was formally initiated as an act of codification—the Commission pointed out that the draft contained elements of progressive development;[81] notably in providing machinery of a binding character intended to prevent the undermining of an agreement to arbitrate.[82] Lauterpacht made similar observations in relation to the other drafts produced by the ILC at this time.[83] The 1954 Draft Convention on Statelessness[84] developed the law in the sense that it limited the freedom of states to create and augment causes of statelessness. The draft articles on the continental shelf[85] were an obvious development, laying down a legal regime for a concept that had not existed before 1945 but at the same time codifying a series of state claims to the shelf that not been challenged.[86] The draft articles on fisheries were similarly of hybrid character.

By the time its Articles on the Law of the Sea were concluded in 1956, the Commission felt that it was no longer in a position to state which of its provisions were codification, and which were progressive development.[87] Similarly, when

---

[80] F.I. Kozhevnikov (ed.), *Mezhdunarodnoe pravo*, 1957, 20, translated in Rosenne, "The International Law Commission", 156.

[81] ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1953-II, 280.

[82] Lauterpacht, "Codification and Development of International Law", 30.

[83] *Ibid*., 30–1.

[84] "Draft Convention on the Elimination of Future Statelessness", ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1954-II, 143.

[85] Forming part of the "Articles on the Law of the Sea", ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, 265.

[86] Cf. H. Lauterpacht, "Sovereignty over Submarine Areas", *British Yearbook of International Law*, 27, 1950, 376; J. Crawford & T. Viles, "International Law on a Given Day", in J. Crawford, *International Law as an Open System: Selected Essays*, London, Cameron May, 2002, 69.

[87] ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, 255. In preparing its rules on the law of the sea, the Commission has become convinced that in this domain at any rate, the distinction established in the Statute between [codification and progressive development] can hardly be maintained. Not only may there be wide differences of opinion as to whether a subject is already "sufficiently developed in practice", but also several of the provisions adopted by the Commission, based on a "recognised principle of international law", have been framed in such a way as to place them in the 'progressive development' category. Although it tried at first to specify which articles fell

submitting for consideration its work on the law of treaties, the Commission stated that whilst its work exhibited both elements of codification and progressive development, "as in the case of several previous drafts, it is not practicable to determine into which the category each provision falls".[88] In 1955 Lauterpacht summarized the position as follows:

> it has proved impractical to pay attention to the emanations, formulated in various articles of the Statute of the Commission, of the distinction thus conceived between codification and development of international law—articles which bear both on the methods of preparing drafts and on action to be taken upon them by the General Assembly.

He added in characteristically Lauterpachtian mode: "There is no good reason for deploring this departure from the letter of the Statute."[89]

4.2. *The ILC's Modern Practice: Codification Comes Full Circle*

The approach just described—a functional hybrid between codification and progressive development but proceeding under the rubric of codification alone—thereafter became the Commission's normal procedure. This evolution brought it full circle to the position that existed before the Charter—for codification to be successful, some measure of progressive development is necessarily required. The key to its acceptance has been the removal of forces—personified in the early years of the Commission by Koretsky—seeking to subordinate the legal autonomy of the Commission to the political autonomy of Members through the medium of the General Assembly. Article 15 of the Statute—and indeed the entire procedure on progressive development contained in Articles 16 and 17 of the same—thus stands as a relic to a long-forgotten process: "Nothing beside remains".[90]

But this leaves us with a problem. On the production of a new draft by the Commission, how are states to determine which of its provisions codify existing customary law and which of them represent progressive development that is not reflective of custom—in effect *lex ferenda*? I would suggest that to a greater or lesser extent, the answer is to be provided via end user interpretation, in other words through the practice of states. The question is whether a proposition put to such users of international law by the Commission is accepted or rejected,

---

into one and which into the other category, the Commission has had to abandon the attempt, as several do not belong wholly in either.

88 ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966-II, 177.

89 Lauterpacht, "Codification and Development of International Law", 30. Further: Watts, "Codification and Progressive Development of International Law", para. 20: "In practice the ILC has disregarded as unworkable the provisions in Arts 16–23 ILC Statute which lay down somewhat different procedures for the two types of activity".

90 P.B. Shelley, "Ozymandias", in *Rosalind and Helen, a modern eclogue, with other poems*, London, Ollier, 1819, 72.

and within what time scale. International law, like Schrödinger's cat,[91] cannot exist in the absence of the observer. When the Commission presents a draft to the community of states, we do not know if it represents codification or progressive development—although the Commission's deliberations and especially its commentary may provide some clues. Upon consideration of the issue by states, whether through the Sixth Committee, a diplomatic conference or state practice, the box is opened and the status of the provision becomes observable.

Some examples of this process may be in order. In 1981, the Commission adopted the final text of its Draft Articles on the Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts,[92] bringing to a close a process of consideration that had begun in 1967. Pursuant to the ILC's recommendation, the General Assembly convened an international conference of plenipotentiaries to consider the draft.[93] The conference was held at Vienna from 1 March to 8 April 1983, with delegations from 90 states participating, along with various other non-state entities.[94] The Convention as concluded[95] has been a dismal failure—despite the broad coalition of participants that considered the ILC's work, it has to date only seven signatories,[96] and has not been considered reflective of custom by any international court or tribunal. Moreover, it has not played any appreciable role in the formation of subsequent agreements regarding succession issues, for example in Eastern Europe.[97] From this, it could arguably be inferred that states, as the end users of the ILC's work, considered it to be in the realm of progressive development and thus not binding, nor even particularly persuasive.

At the other end of the spectrum, some provisions of the Commission's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, for example Article 16 on aid or assistance in the commission of a breach, were considered even within the Commission to be reflective of progressive development on first reading.[98]

---

[91] E. Schrödinger, "Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik", *Naturwissenschaften*, 23, 1935, 807; J.D. Trimmer, "The present situation in quantum mechanics: a translation of Schrödinger's 'cat paradox' paper", *Proceedings of the American Philosophical Society*, 124, 1980, 323.

[92] ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1981-II, 20.

[93] GA Resolution 36/113, 10 December 1981; GA Resolution 37/11, 15 November 1982.

[94] Further: United Nations, *The Work of the International Law Commission*, vol. 1, 6th ed., New York, United Nations, 2004, 156–9.

[95] Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts, 8 April 1983, UN Doc. A/CONF.117/14 (not in force).

[96] The seven signatories are: Algeria, Argentina, Egypt, Montenegro, Niger, Peru and Serbia. Information available at: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSONLINE&tabid=2&mtdsg_no=III-12&chapter=3&lang=en.

[97] See e.g. the Agreement on Succession Issues, 29 June 2001, 2262 UNTS 251, between the five successor states of the former Yugoslavia, which makes no reference to the Convention.

[98] See e.g. the comments of Special Rapporteur Roberto Ago (Italy) when introducing the first version of then-Draft Art 27 to the Commission: ILC, *Yearbook of the International*

The notion of a framework for complicity was, however, well received by states—so much so that despite the minimal state practice underpinning the idea in the 1970s, the International Court in 2007 felt able to affirm the provision as a codification of a customary rule.[99]

In a third category are those provisions which exist in a state of quantum uncertainty—it cannot be stated with certainty if they codify international law or remain progressive development because they have never been the subject of consideration. One example arises in the context of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 49 of which provides that consent to be bound by a treaty may be vitiated it was procured by fraud. Similarly, Article 50 provides for vitiation where a treaty is procured by corruption a state's representative. Both appeared as Articles 46 and 47 respectively in the ILC's work on the law of treaties. Surprisingly, however, accusations of fraud against a state are extremely rare. The ILC noted in drafting the provision that "[t]here does not appear to be any recorded instance of a State claiming to annul or denounce a treaty on the ground that it had been induced to enter into the treaty by the fraud of the other party".[100] Similarly, there was also no precedent for corruption.[101] Until such time as these rules are the subject of consideration on the international plane it cannot be said whether they codify any rules of international law or are merely *de lege ferenda*.[102]

Law Commission, 1978-II(1), 58. He remarked: "In any event, we believe we can at least support our position on this point by evoking the intention of progressive development by which, it seems, the international community must necessarily be guided in the matter". Further: Crawford, *State Responsibility*, 401.

99 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, I.C.J. Reports 2007, 217. This conclusion had already been reached much earlier with respect to Draft Art 27 by Judge Schwebel in his dissenting opinion in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v US)*, I.C.J. Reports 1986, 14, 558 (Judge Schwebel, diss). He had previously chaired the drafting committee which gave the draft article its final form on the first reading: ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1978-I, 269.

100 ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963-II, 47.

101 ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966-II(2), 140.

102 Although the municipal analogies with fraud and corruption in virtually all systems of contract law are persuasive, and certainly raise the rules to the level of a general principle of international law. See G. Niyungeko, "1969 Vienna Convention: Article 49", in O. Corten & P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1142, 1146; J.-P. Cot, "1969 Vienna Convention: Article 50", in *ibid*., 1169, 1170. Cf. J. Klabbers, "The validity and invalidity of treaties", in D.B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties, Oxford, Oxford University Press*, 2012, 567: "the better view may be that such provisions need a place in any legal order for the simple reason that one cannot do business on the basis of error, fraud, or corruption".

5. Conclusions

To conclude, the view of progressive development, as revealed in the practice of the Commission, bears little resemblance to the principles set out in its Statute, which was the compromised product of the confrontation between Western and Eastern blocs current at the time. Progressive development was, in a sense, still-born, with the Commission from its inception falling back on a model of codification that had achieved wide recognition in the period prior to the Second World War, and which incorporated processes for the reform and advancement of the law within. But, as might be said: progressive development is dead, long live progressive development.

The notion that international law might be advanced and improved through the work of a codifying body remains very much a vibrant part of the mission of the ILC, prompting Jennings to claim in the 1960s that codification and progressive development were "indissolubly linked", and that "the 'progressive development' element predominates at all stages of the Commission's work".[103] Members of the Commission might shy away from such remarks, if only because coyness about the distinction between the two branches of the Statute serves the Commission's interests well. If this leaves us yet again with the problem of how to interpret the pronouncements of the Commission, then given the process by which international law is formed, a little ambiguity may no bad thing. Ultimately, the process of identifying progressive developments could be a matter of knowing it when one sees it;[104] or to put it more existentially, how can I know what the law is unless I know what I would like it to be?

---

[103] R.Y. Jennings, "Recent Developments in the International Law Commission: Its Relation to the Sources of International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 13, 1964, 385, 386.

[104] Cf. (in a different context) *Jacobellis v Ohio*, 378 US 184, 197 (1964) (Stewart J).

CHAPTER TWO

REFLECTIONS ON A DECADE OF INTERNATIONAL LAW: DARK AGES OR *RENOUVEAU*?

Vera Gowland-Debbas*

This contribution to the present volume in honor of Professor Pierre-Marie Dupuy is intended as nothing more than a series of reflections—or should I say ramblings?—on the development of international law in the first decade of the 21st century.[1]

It has been stated that "rather than a world of high organization and predictability tightly within our control" we seem to be facing "an erratic, dislocated world. If you like, a runaway world [...] of uncertain possible futures". The basic shifts in the way our world is "do not just include changes in the structures of the world, but changes in our own inner consciousness and identity".[2] Indeed, the past globalization process has been one of contradictions and confusions: homogenization through "glocalization"[3]—the universalization of particular local systems, ideas and products—alongside fragmentation of international society, hegemonic power alongside ethical, religious and cultural pluralism, rationalism alongside indeterminacy.[4] The process has been said to have produced a world which is far from Marshall McLuhan's convivial Global Village of the television generation; and to be more of a global neighborhood—individualistic and egotistical—despite or because of the virtual conviviality over Facebook and other such social media.

* Emeritus Professor of Public International Law, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva.

1 This originated as an off-the-cuff oral presentation, but since Professor Dupuy encouraged me to write it up for publication, I thought to include it in this Mélanges in his honour.

2 A. Giddens, "Runaway World: The Reith Lectures revisited", 1999–2000 LSE Director's Lectures by Professor Lord Giddens.

3 See B. De Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995, 262–3, cited in W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, London, Butterworths, 2000, 5.

4 To quote S. Marks, *The Riddle of All Constitutions. International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2000, 76.

To transpose this to the world of interstate relations, Pierre-Marie Dupuy in his perspicacious way had pointed out that unlike the 1970s and 1980s decades which, based on the concept of interdependence, was volitional, the current process of globalization escapes the State in that it has been said to operate "not as a project but as an inevitability".[5]

Of course, the concept of globalization in this second decade of the 21st century has been challenged by other competing ideas and ideologies, as well as by large-scale economic and political crises, so that we cannot be sure what is coming next.[6] Nevertheless, the paradoxes of that social phenomenon are still being felt within the legal system which always lags behind. The feeling of dislocation has been reflected in the sentiments of many public international lawyers as this Tower of Babel has cast gloom over those seeking certainty and predictability in an anarchic world and faced with what appears to be the fragmentation or breakdown of the unity of the international legal system and its resulting systemic crisis. For these processes have had of course an impact on our discipline, including changes in our perception of international law and its functions.

Faith in their traditional discipline shaken, international lawyers have latched on to a new borrowed discourse the legitimacy of which in the framework of international law they have solemnly debated. I am not using the term discourse in any serious foucauldian sense, but simply as a euphemistic vocabulary, some of it worthy of Orwellian newspeak, which assumes only the semblance of novelty as in fact it only signifies the resurgence of an older pre-Charter law bringing with it a certain disillusionment in progress. But I would also like to point to a return to oldspeak—a resistance campaign against the attempts to unravel the *acquis* of the last 68 years or so.

1. The New Discourse

Let me begin with the new vocabulary spewed by the post-cold war, post 9/11 world, which we now take for granted. Some of this vocabulary, as Orwell put it in one of his famous essays, appears "to make lies sound truthful and murder respectable, and to give an appearance of solidity to pure wind". Thanks to the exceptional and infinite inventiveness of legal advisers this vocabulary has challenged the oldspeak of international law, but far from ushering in a new world order, has only served to unravel the system so painfully set in place since 1945. Moreover, any struggle against it is perceived, again to quote Orwell, as "a sentimental archaism, like preferring candles to electric light or hansom cabs to

---

[5] P.-M. Dupuy, "International Law: Torn between Coexistence, Cooperation and Globalization", *European Journal of International Law*, 9, 1998, 282.

[6] See e.g. J. Ralston Saul, *The Collapse of Globalism and the Reinvention of the World*, London, Atlantic Books, 2005, 3.

aeroplanes".[7] Undoubtedly, this vocabulary which also reflects a shift in power relationships has served to undermine several areas of international law.

First, the weakening of the Charter system to constrain unilateral and collective uses of force. It is telling that the planned initial military operation in Iraq of 2003, though ultimately abandoned, was dubbed "Shock and Awe". The object of such a concept was, according to a Pentagon commissioned paper, "to convince an adversary to accept our will in the Clausewitzian sense" resting "in the ability to frighten, scare, intimidate and disarm" through the delivery of instant massive destruction.[8] In the context of the "war on terror"—the most consequential buzz word post 9/11—one will recall the jargon of "preventive self-defense" (going beyond an imminent threat and involving a vague "security" threat with no requirement of concrete evidence), "self-defense against non-State actors" (permitting the use of force against the territory of a sovereign State on which these nebulous forces operate), and "deterritorialization of war" (which allows for the expansion of the theatre of war literally to anywhere in the world). The UN arena has also seen the invention of concepts such as "implied" or "continuous" Security Council authorizations to use "all necessary means" (used for a cumulative interpretation of Security Council resolutions 678 and 687 on Iraq, somehow said to have been revived by Resolution 1441, in order to justify the invasion and occupation of the country in 2003).

This vocabulary justified ultimatums, fabricated evidence, and bombardment of towns and villages resulting in sizeable tolls of civilian deaths brushed aside as "collateral damage", large-scale destruction of infrastructures, lethal remnants of war (soi-disant "self-destructive" cluster munitions) and shattered economies.

In turn, "targeted killings" (read "assassinations") have been peddled as minimizing collateral damage. While alien to international law, the term has been legitimized within the framework of human rights law and international humanitarian law in which it has no place; for the former prohibits the arbitrary

---

[7] G. Orwell, "Politics and the English Language", *Horizon*, 13, 1946. He was speaking of resistance to the decline of the English language.

[8] The concept of "Shock and Awe" was first developed by the Pentagon's National Defense University (NDU) in 1996 as part of the "Rapid Dominance" strategy. It claimed to produce the effect of a Hiroshima with conventional weapons "directed at influencing society writ large, meaning its leadership and public, rather than targeting directly against military or strategic objectives [...] striking directly at the public will of the adversary to resist..." (H. Ullman & J. Wade, "Shock and Awe. Achieving Rapid Dominance", National Defense University, 1996, 23, 34, available at: http://www.dodccrp.org/files/Ullman_Shock.pdf). The strategy was guided by the 2,500-year-old writings of Sun Tzu, the Chinese strategist; Pizarro's defeat of the Incas in the 16th century; the German blitzkrieg of World War II; and the atomic bombing of Japan. And how easily these concepts are grabbed by the general public: apparently trademark applications were made for the term "shock and awe" to be used for salsa, marinades, and other sauces, as well as for new firework displays...

deprivation of life, permitting the use of lethal force only under very strict conditions (see e.g. Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights) and the latter allows for the killing only of civilians taking a "direct part in hostilities," but neither uses the vocabulary of "targeted killings".[9] Besides, "targeted" killing is a misnomer giving the impression of a clean surgical strike which belies the widespread civilian deaths surrounding the target.[10] While the term "war on terror" has largely been unmasked in this new decade, we still lie within its shadows. In particular, targeted killings through the use of unmanned drones ("bug-splats")[11] have raised numerous responsibility issues in international law. We are now destined to go beyond drones to a "disposition matrix" database, including US strategies for taking targets down beyond drones.[12]

---

[9] See United Nations Human Rights Council (HRC), *Report of the Special Rapporteur Philip Alston, on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Study on targeted killings,* UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010. "Targeted killing" as a term was popularised after 2000 by Israel's publicly proclaimed policy of targeting alleged terrorists in the Occupied Palestinian territories. Since 2009 targeted killings by the United States has escalated, primarily through an increase in unmanned drone strikes but also through U.S. Special Operations kill/capture missions, the most notorious being the successful killing of Osama bin Laden in May 2011 (see Council on Foreign Relations, "Targeted Killings", April 30, 2012, available at: http://www.cfr.org/counterterrorism/targeted-killings/p9627).

[10] E.g. in 2002 there was the killing in Gaza of Hamas leader Salah Shehadeh in which a one-ton bomb was dropped on a crowded Gaza apartment building in the middle of the night, killing eight children and seven adults and injuring well over 150 other people; one could also point to the unknown number of wedding parties and other groups of civilians killed through "surgical strikes" in Afghanistan and Pakistan . . .

[11] This dehumanizing language, the official term used by US authorities when humans are killed by drone missiles, is reminiscent of the reference to "vermin" used by the Nazis or "cockroach" which referred to the Tutsis during the Rwandan genocide (see J. Robinson, "'Bugsplat': The ugly US drone war in Pakistan", *Aljazeera*, 29 Nov. 2011, available at: http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2011/11/201111278839153400.html and D. Schwartz, "Drone-Speaking lexicon: from 'Bugsplat' to 'Targeted killing", *CBC News*, 8 Feb. 2013, http://www.cbc.ca/m/touch/news/story/2013/02/07/f-drone-lexicon.html. For even J. Yoo of the famous 2002 "Torture Memos" to state that "those deaths from the sky violate personal liberty far more than the waterboarding of three al Qaeda leaders ever did" is telling of the controversy over the use of drones, J. Yoo, "The Real Problem With Obama's Drone Memo", *Wall Street Journal*, 7 Feb. 2013.

[12] This official database containing the names of terrorism suspects and the strategies for taking them down would institutionalize the practice of targeted killing, "transforming ad-hoc elements into a counterterrorism infrastructure capable of sustaining a seemingly permanent war". This "suggests that the United States has reached only the midpoint of what was once known as the global war on terrorism. Targeting lists that were regarded as finite emergency measures after the attacks of Sept. 11, 2001, are now fixtures of the national security apparatus". G. Miller, "Plan for hunting terrorists signals U.S. intends to keep adding names to kill lists", *The Washington Post*, 23 October 2012, available at: http://articles.washingtonpost.com/2012-10-23/world/35500278_1_drone-campaign-obama-administration-matrix.

And let us not forget R2P, the "responsibility to protect" initially conceived as a euphemism for humanitarian intervention which the ICJ in *Nicaragua* had considered incompatible with "the protection of human rights—a strictly humanitarian objective".[13] Nor has this doctrine, at least if it connotes military intervention, any place within the collective security framework for the Security Council has no need of the concept to justify its competence under the Charter to determine that massive human rights abuses constitute a "threat to the peace" and thus to authorize the use of "all necessary measures". Nor can one easily conceive the Council as having a "duty" to intervene in the face of the Charter's in-built voting mechanisms (Resolution 1973 (2011) on Libya is not an example, as its preamble refers to the term in connection with the duty of Libya itself and the parties to the armed conflict—not third parties—to protect the civilian population), although under the ILC's Articles on the Responsibility of International Organizations (ARIO) responsibility may arise also from failure to act and a duty to prevent underlies Article 12(3). Finally, one should mention the terms used to baptize military operations—"operation just reward", "operation cast lead", "operation summer rain" and "operation Iraq freedom"—which belie the havoc left behind.

Second, the unraveling of our human rights *acquis* since 1945 for the protection of the individual. "Enhanced interrogation techniques" and "ticking bombs scenarios";[14] "unlawful combatants" placing these in the legal limbo of indefinite detention, "extraordinary rendition" accompanied by "diplomatic assurances" which have served to ease the conscience of well-meaning leaders of democratic states in transferring the task of torturing terror suspects to less sensitive governments of other States. As for the Security Council's policy of "targeted sanctions", considered initially to improve on comprehensive sanctions with their humanitarian fall-out on entire populations of States, this has resulted in numerous absurdities and due process challenges before regional and universal judicial and quasi-judicial bodies.[15]

---

[13] International Court of Justice (ICJ), *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986, 134–135.

[14] See P. Sands, *Torture Team. Rumsfeld's Memo and the Betrayal of American Values*, New York, Palgrave Macmillan, 2009. Of the "ticking bomb scenario" it has been said that it: "is an illusion, a sado-political fantasy, an intellectual contrivance to coax the anxious mind into legitimising brutality. Like an optical illusion, it presents the possibility of torture as something complex and paradoxical—ethical cruelty. But in reality, it is something quite ordinary. It is a crime." (R. Behr, "So much for the rights of man", *The Observer*, 4 May 2008 (a review of *Torture Team*), available at: http://www.guardian.co.uk/books/2008/may/04/politics. For this "gerrymandering of the [English] language" in for example reporting "attempted suicide" of prisoners in Guantanamo as "manipulative self-injurious incident", see Edwin Tanner,"Globalization,Terrorism and Human Rights. The Mouse that Roared", in J. F Addicott et al (eds.), *Globalization, International Law, and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 87–110, at 96–97.

[15] See below.

"Safe third country" concepts, subjecting individuals fleeing persecution to the risk of chain refoulement, "manifestly unfounded applications", which signifies returning asylum-seekers without any screening of their request, "re-admission agreements" forcing countries to receive back their unwilling nationals, "international airport zones", where individuals are left in the limbo of law-free zones, return in "safety and dignity" shackled and hooded in airplanes—such euphemisms have been the "rule of law" response of "rule of law" countries to the phenomenon of the *sans-papiers*, the *sans-états*, kept in quarantine outside our borders, reminiscent of 19th century containment of the poor, a vocabulary serving to undermine the post-war 1951 Refugee Convention regime.

This new vocabulary has had an antisepticizing effect,[16] helping to shield international lawyers from the brutality of the social environment; unlike social anthropologists, field-work is not a requirement for them.

Third, the challenge to the international legal system itself. The debate over "fragmentation" a buzz word which in the last decade became an important part of the new discourse of international law, has challenged the vision of a comprehensive and uniform system of general international law—a system of interlocking normative and institutional elements—in the face of the development of various subsets of norms. Fragmentation has raised "postmodern anxieties";[17] it has been referred to in terms of "risks" and characterized as a pathological process representing a threat to the stability and coherence of International Law. The term fragmentation presumes disintegration or decomposition of something which was once a unity (technically, it is also used in computer language to denote the fragmentation of hard discs, of files broken up and stored in different locations which slows down system performance). This challenge to the unity of international law has been said to come from several sources.

International law has now to contend with the phenomenon of legal pluralism which is challenging its monopoly of relations across borders, as other legal systems are claiming space: transnational, suprastate, legal networks and orders; a revitalized *lex mercatoria* and an emerging *lex electronica*; "global law beyond the State", or post-State law.[18] Positivism, as someone once said, had made us lose God, nature and reason in law-making; were we now about to lose the State and its monopoly of lawmaking?

---

[16] A past illustration of this function of a specialized vocabulary is the concept of megadeaths coined in 1953 by military strategist Herman Kahn of the RAND corporation as a unit for one million deaths in time of thermo-nuclear war, whose view was that alternate scenarios in which the USA suffers 10 instead of 100 megadeaths should be weighed as "tragic but distinguishable outcomes". This was caricatured in Stanley Kubrick's film *Dr. Strangelove or: How I learned to Stop Worrying and Love the Bomb*.

[17] M. Koskenniemi & P. Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, 553–579.

[18] G. Teubner, " 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society", in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, 3, 11.

But the unity of the secondary rules, i.e., the law-making process itself, has also been challenged as greater diversity in the methods of law-making has become evident. We have seen the compartmentalization of particular sectoral and functional fields of international law—trade, health, environment, etc.—reflecting the diversification of globalized society into areas which have become legalized or juridicized, with a high degree of specialization.[19] Special regimes such as human rights and environmental law have claimed to depart from the formal techniques of multilateral law-making and thus the unity of the Vienna Convention treaty regime. We may also be confronted with a budding form of international legislation in the form of Security Council decisions—see for example its resolutions on nuclear non-proliferation, on child soldiers or on women in armed conflict situations, the Council substituting itself for the long years needed for international negotiation of a treaty.

Challenges to procedural or institutional unity, i.e. the way the rules are interpreted and by whom, have been said to originate from the mushrooming of sectoral and specialized tribunals, quasi-judicial treaty bodies, or hybrid entities such as the conference of the parties (COPs) and meeting of the parties (MOPs) of international environmental law bound by their own self-contained mandates and ethos.

Finally, challenges to homogeneity have come from the contemporary heterogeneity of those who participate in the law-making process itself, the diversity of national, transnational and international authorities, global networks, and NGOs (a variety of INGOs, BINGOs and CONGOs), leading us to query the very usefulness of the concept of international subjects. At the same time, there has been a breakdown in the monolithic character of States themselves with privatization of state functions such as the running of prisons, immigration and the waging of war as cheaper and more cost-effective private military enterprises, responsible only to their shareholders, shoot their way through the streets of conflict zones. This leads even the least conservative of us who once decried that naughty "S" word as Louis Henkin has referred to sovereignty,[20] to pray for the comeback of the State, alone able to protect our public goods. But there has also been a breakdown in the monolithic character of States externally as well, with States claiming differentiated obligations due to culture or power, or to a claimed division of the world into the good and the outlawed.

---

[19] A. Fischer-Lescano & G. Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in The Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law*, 25, 2003–4, 999–1046; International Law Commission (ILC), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*, Finalized by M. Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, paras. 128–129.

[20] L. Henkin, "That 'S' Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, Et Cetera", Fordham Law Review, 68, 1999, 1–14.

"Fragmentation" has been accompanied by "deconstruction" and "indeterminacy" of legal rules which are the final buzz words I will refer to—although the list goes on. Many from our next generation of young international lawyers have had their certainties in international law shaken and have turned away from the straight and narrow path just as the pied piper lured away the children of the village of Hamelin. It has been said that from the perspective of some of the world's worst crisis areas, "some of the more frolicsome aspects of critical legal studies, post modernism, law and literature, and other current fashions look rather like irresponsible rich playboys and girls fiddling while Rome burns".[21]

2. International Law's Resistance Movement

But the changes engendered in international law have not been a faithful reproduction of the political and social changes which have taken place, although there have been different ways of envisaging the exchange between international legal system and social change, i.e. the transformation of non-law into law—for we can opt for rigid normative thresholds or soft law-making processes. The paradox is that the greater the changes in the international system, the greater the need to approach the international legal system as open-ended;[22] yet at the same time, the more open-ended, the more we are faced with the dilemma of ensuring international law's autonomy and with demarcating that "thin red line"[23] between law and non-law. But international law neither shares the "rigidity of metal" nor "the decomposition of smoke"—it has the paradoxical position of being both open, because without society it is nothing (normative openness), and closed (operational closure), because society—and with it its teleology and value content—is reinterpreted in a legal context according to a specifically legal matrix.[24] Hence it does not translate every happening into law; it is its own functioning that leads to its increasing diversification and complexification.[25]

2.1. *From Fragmentation to Unifying Processes*

Rather than fragmentation it is perhaps more accurate to speak of heterogeneity, a diversity of elements and constituent parts and therefore a certain enrichment of

---

[21] Twining, *Globalisation and Legal Theory*, 60.

[22] See H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1945, xvii. In his search for a science of law, Kelsen was well aware of the dilemma created by his postulate of the complete separation of jurisprudence from politics. See M. van Kerchove & F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, 131.

[23] See B. Simma, "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", *European Journal of International Law*, 10, 1999, 22.

[24] See B. De Sousa Santos, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, 14, 1987, 281–2.

[25] van Kerchove & Ost, *Le système juridique*, 137–40.

the system, which has a more positive connotation. Moreover, in contrast to fragmentation, we are seeing the construction of unifying, universalizing processes which have resulted in the creation and expansion of a domain of general or public interest and the development of what can broadly be viewed, along the lines of some domestic legal systems, as an international public policy or *ordre public*. In parallel with market ideology, promoting the private interest, international law has thus created its own ideological and ethical components, representing the collective interest (or "the public good" as economists and increasingly political scientists have dubbed it), which has brought in its wake different assumptions and philosophical underpinnings. *Ordre public* is of course a very elusive concept even in domestic legal systems: and both the notion and its content vary over time and place.[26] But its imprecision and vagueness should not invalidate the principle.[27] As in domestic law, international public policy arises from the need to protect overriding community values and interests of the international community as a whole, law having vital functions ranging from maintenance of international public order and the incorporation into law of a certain universal moral or ethical foundation to the very survival of our species.[28]

The concept of international community in this context certainly does not correspond to a *Gemeinschaft*,[29] a society tending towards a higher degree of integration, with shared values and a feeling of solidarity. However, the international community as Pierre-Marie Dupuy, in his masterful Cours général at the Hague Academy has pointed out, is: "une fiction commode [...] d'un type très particulier: c'est une fiction juridique"[30]—by which a social grouping is attributed rights and obligations and a protection function.

This breakdown of the monolithic nature of norms due to their hierarchization in the framework of a value-oriented international law has paradoxically created an inverse movement of convergence rather than fragmentation, leading to linkages and permeability between different fields of international law and a very visible process of reconciliation between hitherto hermetically sealed regimes. It is thus no longer possible to approach international law in a sectoral fashion,

---

[26] ICJ, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands* v. *Sweden)*, I.C.J. Reports 1958, Separate Opinion of Judge Percy Spender, 55; see also Separate Opinion of Judge Moreno Quintana, 105ff.

[27] *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others*, House of Lords, Judgement, 16 May 2002 [2002] UKHL 19, paras. 16–18.

[28] The term international public policy was once used in connection with *jus* cogens but is obviously today considerably wider. See H. Mosler, "*The International Society As a Legal Community*", Germantown, Sijthoff & Noordhoff, l980, l7-l8, and the comments of Sir H. Lauterpacht in relation to the draft article on *jus cogens*, (Report on the law of treaties, (1953 II) *Yearbook of the International Law Commission* 155); and of Sir H. Waldock (Second report on the law of treaties, (1963 II) *Yearbook of the International Law Commission* 52).

[29] With reference to F. Tonnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*.

[30] Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international*, 247.

for it is evident, for example, that trade and investment are increasingly interlocked with non-trade areas, be they environment, health or human rights, that the continuing applicability of human rights in armed conflicts has been confirmed; that collective security and human rights are now intricately linked and that environment and development can only be approached as two sides of the same coin.[31] For global interests of the international community have required an ever greater need for overarching principles and holistic responses.

The International Court of Justice has in its oblique manner reflected this hierarchization by enriching the vocabulary—from erga omnes obligations and 'intransgressible' principles of international humanitarian law, to overriding considerations of humanity and *jus cogens* (though the latter only recently)—contributing to the shaping and clarification of the content and source of fundamental norms, from use of force to self-determination, grappling with the question of their sources (drawing on the underlying moral, ethical or constitutional foundations of the international community), and giving voice to the concept of collective interest embedded in multilateral treaties having a humanitarian purpose, such as the Genocide Convention. It has also pronounced on who could invoke the protection of fundamental norms, discoursed on both the rights and obligations of the international community; and insisted on the duty of all States to react to their violations.[32]

2.2. *The Resurrection of Article 2(4)*

Any reference to Article 2(4) of the Charter today sounds like a playback to bygone times, an old-fashioned textual approach to an instrument which is intended to be dynamic and evolutionary. Yet one forgets the spirit behind the drafting of Article 2(4) and its intent—the desire not to revisit the "scourge of war". Since 1945, the trend has been the progressive limitation of resort to unilateral measures, not only through the outlawry of the traditional sovereign right to resort to military force—from war to military reprisals, from the League

---

[31] Thus judicial and quasi-judicial bodies have considered that the instruments they are mandated to protect should nevertheless not be read in "clinical isolation" from the rest of international law, particularly in the light of contemporary concerns about the protection and conservation of fundamental norms (e.g. WTO, "United States–Standards for Reformulated and Conventional Gasoline", (Report of the Appellate Body), 29 April 1996, WT/DS2/AB/R). See also P.-M. Dupuy, "Unification rather than Fragmentation of International Law? The case of International Investment Law and Human Rights", in P.-M. Dupuy, F. Francioni & E.-U. Petersmann (Eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, chap. 2.

[32] See V. Gowlland-Debbas, "The Role of the International Court of Justice in the Formulation and Development of Fundamental Norms of International Law", in S.S. Caballero & R.A. Stoffels (ed.), *Retos de la Jurisdiccion Internacional*, New York, Thomson Reuters, 2012, 69–95.

of Nations to the UN Charter—but also through efforts to constrain the exercise of unilateral countermeasures by means of procedural and substantive limitations (for example, in the framework of the ILC's Articles on State Responsibility or the WTO). This has gone hand in hand with the progressive institutionalization of international society.

Faced with disputes arising from on-going armed conflicts which States have surprisingly brought to it, the ICJ has tended to safeguard the Charter's oldspeak on the regulation of the use of force and has resisted efforts to unravel the post-Charter regime. In the same manner, it has refused to be deluded by the so-called "progressive" nature of renewed State claims to widen the scope of Article 51 of the Charter.

The way in which the ICJ's judgments have contributed to strengthening and clarifying the normative basis of international peace maintenance is of course well known. It had opted in *Nicaragua* for a narrow construction of the meaning of armed attack, and hence of self-defence, by distinguishing between the most grave forms of the use of force constituting an armed attack within the meaning of article 5l, and other forms of lesser degrees of gravity, such as mere frontier incidents. It undertook a holding operation in both the *Wall* Opinion and the *DRC vs. Uganda* case, in which it addressed two situations involving enormous human suffering and continuing loss of life, by restrictively reading Article 51 as applying only in the case of an armed attack by one State against another State. It thus intimated that there was no right of self-defence against the acts of non-state actors (which does not imply there are no other means of recourse). In *DRC v. Uganda* it refused to widen State responsibility for the acts of non-state actors or be led down the path of "preventive self-defence" for the safeguarding of "essential security concerns".[33] In addition, the Court stated in its *Wall* Opinion with reference to Israel's additional claim of necessity, that it was "not convinced that the construction of the wall along the route chosen was the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction".[34] For all the Judges without exception recognized "that a State which is the victim of terrorism may not defend itself against this scourge by resorting to measures international law prohibits".[35]

---

[33] ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, I.C.J. Reports 2004, para. 139; *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, I.C.J. Reports 2005, paras. 143–147, 301. In the latter case, the reference to irregulars is clearly to the sending of armed bands or irregular forces by a State and therefore to questions of attribution. In short, the Court rejected Uganda's argument that mere tolerance of irregulars or failure to take action "creates a susceptibility to action in self-defence by neighbouring States" (*ibid*., Separate Opinion of Judge Kooijmans, para. 22).

[34] ICJ, *Wall advisory opinion*, para. 140.

[35] *Ibid*., para. 141; Declaration of Judge Buergenthal, para. 2.

In these cases, the Court was plainly acting as "the guardian of Charter principles", as a bulwark against the development of international law in a particular direction by refusing to endorse the unilateral development of norms under the influence of a small group of powerful states.[36]

Even so, the Court was considered to have exercised "inappropriate self-restraint" when supplied with the opportunity to play its role as principal judicial organ of the United Nations and was called on "to take every opportunity to secure that the voice of the law of the Charter rise above the current cacophony".[37]

2.3. *The Reinforcement and Expansion of Human Rights Law*

The "war on terror" created legal black holes. In Guantanamo where detained aliens were subject to indefinite detention in a territory purportedly "outside the jurisdiction" of the United States, with no possibility of access to a court to review the legality of their detentions, detainees were "neither criminal suspects nor POWs, neither fish nor fowl, they inhabit a limbo of rightlessness".[38] Israel denied the application of human rights law extraterritorially in the Occupied Palestinian Territories and challenged the competence of the Human Rights Council to deal with IHL. The UK claimed the non-application of the European convention on human rights in Iraq on the grounds that it had been superseded by Security Council resolutions.

Yet judicial and quasi-judicial bodies have in recent years challenged such arguments, expanding human rights law to fill these black holes. Thus human rights law has permeated such fields of international law as IHL, international criminal law and collective security.

Even the ICJ could not remain impervious to an increasingly individually-oriented international law. Here, in contrast to its holding operation on the use of force, the ICJ, surprisingly for an inter-state court, has been at the vanguard of developments in the strengthening and indivisibility of human rights law, particularly necessary at a time of armed conflict. It has in recent years approached situations of armed conflict not only from the perspective of the rights and duties of States, but also from that of the rights of individuals, addressing in the *Wall*

---

[36] On the two cases cited, see generally, V. Gowlland-Debbas, "The Conflict in the Democratic Republic of the Congo and the Role of Courts", in T. Giegerich & A. Proelß (eds.), *Krisenherde der Welt im Blickwinkel des Völkerrechts*, Berlin, Duncker & Humbolt, 2010, 167–200; V. Gowlland-Debbas, "The Responsibility of the Political Organs of the UN for Palestine in Light of the ICJ's Wall Opinion", in M.G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 1095–1119.

[37] ICJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I.C.J. Reports 2003, Separate Opinion of Judge Simma, para. 6; *DRC v. Uganda*, Separate opinion of Judge Simma, paras. 2 and 8.

[38] D. Luban, "The War on Terrorism and the End of Human Rights", *Philosophy and Public Policy Quarterly*, 22, 2002, 9–10.

Opinion, the continued applicability of human rights law to the extent of its non-derogability, which was to be interpreted either in the light of international humanitarian law as the *lex specialis*,[39] or more importantly, in complementary fashion.[40] It will be noted that the complementary nature of the relationship between human rights law and IHL was upheld in the *DRC vs. Uganda* case (and thus in a contentious case) not only in the Court's reasoning but in the very dispositif of the judgment.[41]

In the *Wall* Opinion, confirmed in the *DRC vs. Uganda* and *Georgia v. Russia* cases, the Court also underlined the indivisibility of civil/political, economic/social/cultural and children's rights, that is the applicability of *all* human rights instruments, including regional ones in time of armed conflict, as well as confirmed their extraterritorial reach.[42]

Further consolidating the reach of human rights and IHL, the Court in the *Application of the Genocide Convention case*,[43] spelled out a duty to prevent, and underlined, in its *Wall* Opinion, the duty of third States under customary international law, as well as of the High Contracting Parties under common Article 1 of the Geneva Conventions, to react to breaches of fundamental norms of human rights and humanitarian law, including through non-recognition and non-assistance.[44]

The Court likewise innovated in calling for restitution and compensation for material damage to individual persons consequent to the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory,[45] though remedies are rare for individual victims of violations of IHL. It also considered in the *Georgia v. Russia* case that the indication of provisional measures was required for the protection of individual rights, thus going beyond inter-State interests and rights, for the prejudice to the rights of individuals protected under CERD was tantamount to the "irreparable harm or prejudice" that a request for provisional measures had to address.[46]

---

[39] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, advisory opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 25.

[40] ICJ, *Wall advisory opinion*, para. 106. "As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as lex specialis, international humanitarian law".

[41] ICJ, *DRC v. Uganda*, paras. 205ss., dispositif para. 345(3).

[42] ICJ, *Wall advisory opinion*, paras. 107–113; ICJ, *DRC v. Uganda*, para. 217; ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Provisional Measures, I.C.J. Reports 2008, para. 109.

[43] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, I.C.J. Reports 2007.

[44] Dispositif, para. 163 D.

[45] *Wall advisory opinion*, paras. 151–3 and dispositive, para. 163.

[46] ICJ, *Georgia v. Russia*, para. 142.

This is not to say that the Court has been consistent in its defence of human rights. In the *DRC v. Uganda* case the ICJ, by remaining in the framework of diplomatic protection, missed the opportunity to explore the relationship between the international minimum standard and human rights law, particularly the question of direct action by a State when claiming violations of *erga omnes* obligations, rather than turn to the direct protection accorded to these individuals by IHL and human rights law.[47] Similarly, in the *Application of the Genocide Convention* case the ICJ found that neither *restitutio in integrum* nor financial compensation was the appropriate form of reparation in this case, and opted instead for satisfaction, by means of a declaration that Serbia had failed to comply with its obligations under the Genocide Convention.[48] Another setback has been seen in the contest between reparations for human rights violations and State jurisdictional immunities in the proceedings instituted by Germany against Italy relating to civil claims based on violations of international humanitarian law by the German Reich during World War II in which Pierre-Marie Dupuy pleaded for a more progressive approach by the Court which would take into account contemporary developments in the tension between human rights and state immunities.[49]

The Court was ahead of the times in heralding the breakdown of the compartmentalization of the laws of peace and war. The human rights bodies, whether universal or regional, have followed suit in that articulation between human rights law and IHL, alternating between using IHL as an interpretation of their respective human rights instrument or resorting to human rights exclusively in time of armed conflict in the absence of express derogations by the parties in conflict.[50] Even the ICTY has pointed out that human rights law and IHL are

---

[47] This concerned Ugandan claims relating to the maltreatment of certain persons by Congolese soldiers at Kinshasa Airport (see ICJ, *DRC v. Uganda* case, paras. 258–261, dispositif 345(5), and Separate Opinion of Judge Simma, paras. 16ss.; also S. Forlati, "Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations 'directes' devant la Cour internationale de justice. Quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/Uganda", *Revue Générale de Droit International Public*, 111, 2007, 89–116.

[48] ICJ, *Application of the Genocide Convention*, paras. 462–465.

[49] ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, 3 Feb. 2012 (not yet reported), available at: http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16692.pdf. See the eloquent oral pleadings of Pierre-Marie Dupuy of 16 September 2011 (CR 2011/21), para. 37, ending with a citation from Sir Hersch Lauterpacht: "No doubt it is true to say that international law is made for States, and not States for international law; but it is true only in the sense that the State is made for human beings, and not human beings for the State".

[50] See e.g. HRC, *General Comment no.* 31[80], The Nature of the General Legal Obligation imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, May 2004; V. Gowlland-Debbas & G. Gaggioli, "The Relationship between International Human Rights and Humanitarian Law: an overview", in R. Kolb & G. Gaggioli (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 77–103.

mutually complementary and have similarities "in terms of goals, values and terminology", going so far as to state that with regard to certain of its aspects, international humanitarian law can be said to have fused with human rights law", although one had to take into consideration the specificities of the latter body of law.[51]

The continuing applicability of human rights law in time of armed conflict has meant the availability of human rights treaty bodies which may be seized in respect of violations committed during armed conflicts, in the notable absence of IHL mechanisms. These bodies have in fact contributed to the evolution of IHL in a way which is more in keeping with contemporary mores. At times they have even applied human rights law in armed conflict situations to the exclusion of IHL.[52] This has had a significant impact in that human rights law requires no threshold to come into operation; it is not based on the distinction between civilians and combatants, and the condition of proportionality is very differently assessed from that in IHL, permitting no more use of force "than absolutely necessary" to achieve the permitted aim, while IHL balances military advantage with potential loss of civilian life.

Human rights bodies have forcefully addressed the arguments of those States wishing to divest themselves of their obligations under human rights instruments. The extraterritorial scope of the application of human rights obligations has become widely recognized, extending States' obligations to persons beyond their borders but subject to their effective control or authority, particularly in situations of occupation.[53] Extraordinary rendition has been condemned.[54] Targeted killings

---

[51] International Criminal Tribunal for the former Yougoslavia (ICTY), *Kunarac, Kovac and Vukovic*, Case no. IT.96.23.T, Judgment, 22 Feb. 2001, paras. 467 and 471.

[52] The European Court of Human Rights in its case-law on the right to life in the context of terrorism or the intra-state conflict in Chechnya, has directly applied the provisions of Article 2 of the Convention on the right to life, rather than turn to humanitarian law as *lex specialis*, determining that where a State did not officially derogate from the ECHR, the military operations had to be "judged against a normal legal background" (see e.g. ECtHR, *Isayeva v. Russia*, Application no. 57950/00, Judgment, 24 Feb. 2005, para. 191).

[53] See the position of the Human Rights Council and the Human Rights Committee in the case of the Occupied Palestinian Territory, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93 (1998), para. 10; UN Doc. CCPR/CO/78/ISR (2003), para 11; and the ECtHR in the case of Iraq, in *Al Skeini v. United Kingdom*, Application No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, paras. 37–38. In relation to the application of the principle of non-refoulement on the high seas, see also ECtHR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application no. 27765/09, Judgment, 23 Feb. 2012; and Council of Europe, Parliamentary Assembly, "Lives lost in the Mediterranean Sea: Who is responsible?", Report Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, Rapporteur: Ms Tineke STRIK (Doc. 12895, 5 April 2012).

[54] See e.g. ECtHR, *Case of El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application no. 39630/09, Judgment, 13 Dec. 2012, para. 221 in which: "Having regard to the manner in which the applicant was transferred into the custody of the US authorities,

have been challenged,[55] as well as collateral damage from indiscriminate use of force, particularly in relation to child casualties.[56]

Though rather wary at first of challenging the pre-eminence of Security Council resolutions, Courts have become emboldened in upholding human rights instruments over State implementation of Security Council resolutions whether blacklisting suspected terrorists or authorizing "all necessary measures" against a State. Thus in *Abdelrazik*, a Canadian Court underlined the nonsensical result reached by Canada's interpretation of the 1267 travel ban and asset freeze, which prevented its own national from returning to Canada:[57]

> According to their interpretation, the Resolution permits a citizen to enter Canada if and only if he happens to be standing at the Canadian border crossing, but it prevents that same citizen from reaching that border crossing as he cannot transit over land or through air to reach it.

While in Al-Jedda the European Court of Human Rights, turning to the limitations placed by the purposes of the Charter on Security Council decisions, which included the promotion and encouragement of respect for human rights and fundamental freedoms, refused the automatic application of Article 103 of the Charter under which Member States obligations under the Charter and hence under Security Council decisions, prevailed over their international agreements,

---

the Court considers that he was subjected to 'extraordinary rendition', that is, 'an extrajudicial transfer of persons from one jurisdiction or State to another, for the purposes of detention and interrogation outside the normal legal system, where there was a real risk of torture or cruel, inhuman or degrading treatment", hence a violation of, inter alia, Article 3 of the Convention". Extraordinary rendition has been referred to as a "gross or systematic human rights violation" in the second annual report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism (UN Doc. A/HRC/22/52, 1 March 2013).

[55] In its 2003 Concluding Observations on Israel's report under the ICCPR, the Human Rights Committee clearly rejected targeted killings. It considered that "(b)efore resorting to the use of deadly force, measures to arrest a person suspected of being in the process of committing acts of terror must be exhausted" (HRCommittee, *Concluding Observations: Israel*, UN Doc. CPR/CO/78/ISR, 21 Aug. 2003, para. 15).

[56] In relation to the so-called "clean surgical strikes", see Committee on the Rights of the Child, *Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict, Concluding observations on the second report of the United States of America*, UN Doc. CRC/C/OPAC/USA/CO/2, 28 Jan. 2013: "The Committee is [. . .] alarmed at reports of the death of hundreds of children as a result of attacks and air strikes by the US military forces in Afghanistan over the reporting period due notably to reported lack of precautionary measures and indiscriminate use of force. The Committee expresses grave concern that in fact the number of casualties of children doubled from 2010 to 2011." (para. 7). It urged the United States to "Take concrete and firm precautionary measures and prevent indiscriminate use of force to ensure that no further killings and maiming of civilians, including children take place" (para. 8(a)).

[57] *Abousfian Abdelrazik and The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada*, 2009 FC 580, 4 June 2009, para. 127.

including human rights instruments to which they were parties. In rejecting the UK's argument that Security Council resolution 1546 authorizing it to use "all necessary measures" in Iraq imposed on it an obligation to resort to indefinite detention without charge, the Court stated:[58]

> Against this background, the Court considers that, in interpreting its resolutions, there must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on Member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity in the terms of a Security Council Resolution, the Court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the Convention and which avoids any conflict of obligations. In the light of the United Nations' important role in promoting and encouraging respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law.

In other words, the tension between human rights and public order norms must be resolved in light of the most "reasonable way to apply them with minimal disturbance to the operation of the legal system".[59]

Human rights law—concerned with the protection of individuals—has paradoxically also gained centre stage in the context of the inter-State collective security system, requiring a fresh reading of the collective security provision laid down in Article 1(1) of the Charter in the light of such concepts as human security and of the recent linkages between collective security and principles of justice and international law (originally only associated with peaceful settlement of disputes). For not only has justice in the form of international criminal tribunals now been seen as instrumental to peace maintenance, but also references to international law and in particular to States' human rights obligations are now to be found in Council resolutions.

From a systemic perspective, the Security Council, though an elitist political organ, may now be seen as exercising certain functions of law enforcement tantamount to a human rights protection function, linking threats to the peace with genocide and other gross violations of human rights as a prerequisite to enforcement measures under Chapter VII. Whether desirable or not, the Council has also had an impact on the development of humanitarian norms, though Council resolutions neither reflect the *opinio juris* nor the requisite generality of State practice, in particular through the case-law of the international criminal tribunals.[60] The Security Council has also in "legislative" mode, contributed in

---

[58] *Al-Jedda v. the United Kingdom*, [GC] Application no. 27021/08, Judgment, 7 July 2011, para. 102.

[59] ILC, *Fragmentation of International Law*, para. 410.

[60] See Special Court for Sierra Leone, *Decision on Preliminary Motion Based on lack of Jurisdiction (Child recruitment)*, Case no. SCSL-14–131, Appeals Chamber, Decision, 31 May 2004, in which the Court referred to the Security Council's resolutions condemning the

its resolutions to the development of substantive issues relating to protection of individuals in armed conflicts (see e.g. SC resolution 1820 on violence against women and children in armed conflict).

On the other hand, effective implementation of Security Council decisions has paradoxically led to an encroachment on certain fundamental principles of human rights law, and the Council's decisions have been perceived as both modifying States' human rights obligations under international law, as well as in certain cases purporting to override them, thanks in part to the operation of Article 103. But rather than seeing a tension between human rights and peace maintenance, we have seen a shift in priority with human rights now forming a component part of the security fabric instead of, as originally intended, perceived as part of the longer-term creation of the conditions conducive to peace.

The challenges from human rights bodies to the functioning of the Security Council and the lack of transparency and due process inherent in the listing process instituted by SC Resolution 1267 (1999) have resulted in certain modifications of its behaviour—cosmetic changes some will say but changes nevertheless—largely through a process of auto-limitation in the face of considerable external pressure, the latest of these being the appointment of an Ombudsperson (SC Res.1904 (2009)) to ensure some fairness in the listing process.

3. Who is in Control of International Law-Making?

But what is the significance of the cumulative actions of judicial and quasi-judicial tribunals in challenging the new lexicon pushed by the practice of a small number of powerful States? What is the tally of these divergent trends? This raises the question of who ultimately is in control of international law formation, whose practice counts in the customary law process.

The State far from being on the wane, has made a comeback like the return of the Jedi, for despite contemporary developments there has been no "'quantum leap' in the nature of the system, displacing its centre of gravity radically away from the state-centric model."[61] But the "traditional interstate system . . . is becoming embedded in a broader global public domain—an arena of discourse, contestation and action organized around global rule making, and affecting the capacity to make and enact global rules . . .".[62]

"inhumane and abhorrent practice" of child recruitment in armed conflict as evidence "that the protection of children is regarded as an important value" (para. 29).

[61] G. Abi-Saab, "The Changing World Order and the International Legal Order: The structural Evolution of International Law Beyond the State-Centric Model", in Y. Sakamoto (ed.), *Global Transformation: Challenges to the State System*, Tokyo, United Nations University Press, 1994, 439–461.

[62] J.G. Ruggie, "American Exceptionalism, Exemptionalism and Global Governance", in M. Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton

Recent challenges to the traditional formulation of the formation of customary international law have come principally from two divergent sources. The first consist in the claims of hegemonic States, among those "who mark the soil more deeply with their footprints than others," as De Visscher had put it, although the ICJ had in the past noted that participation of the specially affected States[63] must be accompanied by "a very widespread and representative" participation of other States. Recent debates on the legality of the use of force, have relied on instances of the practice of a few powerful States as evidence of the emergence of new customary law rules or the modification of old ones. Such claims are based not only on material power but on a professed moral superiority which allow some States to act above the law, particularly in the fight against global terrorism.[64]

At the same time, such hegemonic claims have been countered by contemporary developments in international society which have included the proliferation of actors on the global stage, the hierarchization of norms and the emergence of the concept of an international community.[65] At least in certain fields such as human rights, humanitarian law, international criminal law and environmental law, the notion of practice has been widened to include the notion of a broad consensus on the part of the international community as expressed, *inter alia* by judicial decisions and resolutions of international organizations. There has also been a conflation of *opinio juris* and State practice, either because State practice can be said today to include not only what States do but what they say, as expressed for example in their declarations in multilateral frameworks, or because *opinio juris* is said to be what primarily or exclusively defines customary international law. In this metamorphosing process, there is room for a variety of actors other than States to feed into the customary law process.[66] It will be noted that despite paying lip service to the two elements of customary law formation, the ICJ has itself not been over-assiduous in assessing State practice.

University Press, 2006, 322–23.

[63] ICJ, *Continental Shelf Case (FRG v. Denmark, Netherlands)*, I.C.J. Reports 1969, para. 73.

[64] See for example, J.L. Goldsmith & E.A. Posner, "Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, 40, 2000, 662.

[65] See A. Seibert-Fohr, "Unity and Diversity in the Formation and Relevance of Customary International Law", in A. Zimmermann & R. Hofmann (eds.), *Unity and Diversity of International Law. Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute of International Law, November 4–7, 2004*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, 257–283 and the response in V. Gowland-Debbas, "Comment", in *ibid.*, 285–294.

[66] See for example, *Michael Domingues v. United States (Merits)*, Case 12.285, 22 Oct. 2002, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, No. 62/02, paras. 46–47, available at: http://www.cidh.org/annualrep/2002eng/USA.12285.htm, analyzed in Seibert-Fohr, "Unity and Diversity", 257–283, and Gowland-Debbas, "Comment", 285–294; A.E. Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", *American Journal of International Law*, 95, 2001, 756–791.

It has upheld *opinio juris* over practice or conflated *opinio juris* and practice and has confirmed the role of General Assembly resolutions in the customary law process as evidence of both *opinio juris* and practice. The Court has drawn on the moral, ethical or constitutional foundations of the international community in considering the validity of certain fundamental norms, such as human rights norms, independently from state practice, seeming to recognize—like Roberto Ago—a spontaneous social process generating general principles of international law, whether forming part of customary law, general principles in the sense of Article 38(l)(c), or a *sui generis* source. It has referred to the principles of humanity or elementary considerations of humanity not inspired by State practice but by the "legal convictions upon which the overall international legal order is based".[67]

There is thus an increasing account taken by international tribunals of the role played by the "international community" in customary law formation and its relevance in protecting fundamental global values and interests. In certain areas such as humanitarian law, tribunals have relied not on actual State conduct in the course of hostilities or even on statements made by States, but on the practice and voice of the international community as expressed in the halls of multilateral treaty making, in resolutions of international organizations, by a non-state actor, the ICRC, or through the mouthpiece of judicial and quasi-judicial organs.[68]

Referring to the development of international criminal law, Simma and Paulus point out that:

> dans la communauté internationale actuelle, il est à peine possible, au niveau universel, d'observer le comportement effectif d'un nombre suffisant d'Etats. [. . .] Par là même, le droit coutumier est de plus en plus dérivé des déclarations plus ou moins officielles des Etats, mais aussi de la doctrine ou même fortement de l'opinion publique . . .

They point therefore to a detachment of international law from State practice in certain areas of international law.[69]

The process of customary international law, more amorphous than that of treaty law, is open to influence and direction by non-State actors and, not requiring the unanimous consent of all States, is more difficult to oppose.[70] In

---

[67] P.-M. Dupuy, "Les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la CIJ", in *Mélanges Valticos*, Paris, Pedone, 1999, 127.

[68] Seibert-Fohr, referring to the *Tadic* case, "Unity and Diversity", 267–268.

[69] B. Simma & A. Paulus, "Le rôle relaif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit)", in H. Ascensio, E. Decaux & A. Pellet (ed.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, 60–61.

[70] A. Skordas, "Hegemonic Custom?", in M. Byers & G. Nolte (eds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2003, 321, who refers to "a comprehensive, systemic view of international

the *Kupreskic* case, for instance, the ICTY referring to the Martens clause which had become part of customary international law, stated:[71]

> In the light of the way States and courts have implemented it, this Clause clearly shows that principles of international humanitarian law may emerge through a customary process under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent. The other element, in the form of *opinio necessitatis*, crystallising as a result of the imperatives of humanity or public conscience, may turn out to be the decisive element heralding the emergence of a general rule or principle of humanitarian law.

4. The Final Score

A refusal to entrench the new discourses by a return to an older vocabulary is not necessarily conservative retrenchment but an attempt to safeguard certain *acquis* of international law which *are more in keeping* with contemporary values and interests. Judicial and quasi-judicial bodies, despite sometimes inconsistent and conflicting judgments, have generally resisted the incorporation of certain facts. This of course may create a gap between fact and law and make the discipline vulnerable to sceptical critique. But paradoxically this gap may also contribute to the law's autonomy and its refusal to entrench certain developments may serve to erode the effectiveness of the factual situation itself. For legitimacy has today become a part of effectiveness—witness the invention of legal argument to bolster the legitimacy of political action and the intimidation and threats to which opposing international lawyers have been subjected, thus showing the potency of lawfare. One should also underline the responsibility of international legal advisers in giving credence to a new lexicon without assessing the type of world they are thereby helping to usher in. But finally, it is difficult to conclude on the extent to which the last decade's discourse is being overtaken "[f]or last year's words belong to last year's language. And next year's words await another voice".[72]

---

society as a 'society of communications' among States, international organizations and non-State actors".

[71] ICTY, *Kupreskic et al.*, Case no. IT-95-16-T, Trial Chamber, Judgment, 14 Jan. 2000, paras. 525 and 528.

[72] T.S. Eliot, *Four Quartets, (Little Gidding)*, New York, Harcourt, Brace and Co. 1943.

CHAPTER THREE

ON LEGAL INQUIRY

Jorge E. Viñuales*

To express admiration for the intellectual work of someone, we sometimes say that he or she has charted what until then was uncharted territory. I would like to take this geographical metaphor quite literally and argue that it very much depicts the way legal inquiry is (and—perhaps—should be) conducted. The work of Professor Pierre-Marie Dupuy offers a wealth of examples of how uncharted territory can become familiar land and thereby be incorporated into the body of legal knowledge. It is, however, not easy to pinpoint what makes good scholarship such. Pierre once told me over lunch that when his father René-Jean was called to the *Collège de France* to what became the *Chaire de droit international*, the eminent Claude Lévy-Strauss was somewhat puzzled by the possibility that one may actually conduct 'legal research'. This comment stayed in my mind and I started to think about what we, as lawyers and/or academics, actually do when we conduct legal research. I would like to outline in this chapter my current thinking on this, which, as I shall endeavour to show, can be described as a 'legal cartography'.

The array of diverse materials, such as the beliefs, practices, norms, institutions, treaties, laws and instruments that, together, we understand as constituting the 'law' will be called the *topography* of our field. Legal inquiry seeks to understand this topography highlighting certain accidents and fault lines, which I shall call *features*. The techniques used to highlight particular features of the legal topography are quite diverse, but they are largely a function of two abilities: (i) the ability to set the proper *scale* of the chart by *zooming in* on certain areas of the topography to focus on one or more particular features or, conversely, by *zooming out* in order to capture more general features; (ii) the ability to select, at a given scale, the most appropriate *criteria* to highlight certain features

* Harold Samuel Professor of Law and Environmental Policy, University of Cambridge, United Kingdom.

(e.g. looking for 'human rights' will direct our attention to features that will not necessarily be captured when looking for 'primary and secondary norms' or 'peremptory norms'). These two abilities largely define the types of *concepts* that we craft or use to capture and analyse certain features of the topography. The concepts gathered, crafted, transposed and/or used (see sub-section 2.1. below) to shed light on the topography can be called a *conceptual chart* and the reflection on how to craft such charts a *legal cartography* (i.e. a conceptual chart of conceptual charts used in legal inquiry). Let me now illustrate this preliminary understanding of legal inquiry by reference to one conceptual chart derived from the work of P.-M. Dupuy.

In his general course at The Hague Academy, Professor Dupuy introduces a distinction between 'formal unity' ('*unité formelle*') and 'substantive unity' ('*unité matérielle*') in order to capture certain features of international law that a substantively narrower focus on a given 'branch' would obscure.[1] Formal unity (i.e. the rules of recognition, adjudication and change[2] shared by all the different 'branches' or 'regimes' of international law) and substantive unity (i.e. the common roots of modern international law in the values protected by the United Nations Charter) are, in Dupuy's powerful account, the key features characterising international law as a single legal order. These features could not be captured by an account using as its starting-point a focus on a particular area of international law. Indeed, while looking from the specific angle of trade law, investment law or criminal law one may gather the impression that these are 'self-contained regimes', a broader view encompassing international law (a broader conceptual chart) unveils features that lie beyond the radar of a narrower inquiry.

I do not intend to open the vast debate on the purported 'fragmentation' of international law here. My goal in referring to this example is only to show how, through a careful tuning of the scale and criteria selected to capture certain features of the topography, certain concepts can be crafted to revisit the findings of other conceptual charts. This is of course not exclusive to legal inquiry. Most other disciplines proceed in a similar manner. What appears as an anomaly under a given conceptual chart (a 'theory') may in fact be predicted or explained by another conceptual chart. Sometimes, a new conceptual chart may explain all the features highlighted by another conceptual chart plus some others that had remained obscure. In other cases, there may be a trade-off between the two, in that a given conceptual chart captures a feature that had so far remained obscure but only at the prize of losing sight of other features highlighted by the previous chart. This raises the question of what type of conceptual charts should we aim at?

---

[1] P.-M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 9–489.

[2] Dupuy refers in this connection to H.L.A. Hart, see below footnote 3.

There is no need to review here the sophisticated contributions made to the philosophy of science or to locate the potential answers that one could derive from some influential theories of law. My goal is more limited. I would like to discuss what types of charts make up the body of what we call legal inquiry and what should we aim at in crafting them.

As such, the following observations can be seen as an attempt to outline a preliminary legal cartography describing the types of conceptual charts that we produce as part of the process of legal inquiry. As an international lawyer, most of the examples I will be referring to concern international law. I will start by surveying some concepts (e.g. 'branch', 'regime', 'primary' and 'secondary' norms, 'principles', 'obligations of conduct and result', etc.) that are so often used by lawyers that we tend to forget or overlook their nature and implications (1). This brief survey is neither intended to provide a comprehensive or even representative survey of concepts nor to assess or criticise such concepts. It only aims to recall the extent to which they act as prisms and shape, sometimes unconsciously, the way we look at the raw legal topography. The second section will be devoted to an analysis of the concepts that we use (2). I will focus on their origin, their relations with the features that they allow or seek to highlight, and their nature. This is the central part of the 'legal cartography' outlined in this chapter. The last section will attempt to generalise and organise the insights gained in the previous two sections (3). I will outline some criteria that, in my view, characterise powerful legal charts.

Before moving on to the substance of this chapter, I would like to request the indulgence of the reader for the approach taken in writing this piece. There are few avenues left in legal publishing where an author is able to freely speak his mind, without trying to abide not just by the disciplinary norms (justifiably) imposed by most outlets but also by the (sometimes hard to justify) idiosyncrasies of some outlets that push writers to conform to a style (whether conservative or artificially innovative). The rare magic of writing a piece for a 'mélanges' volume, especially for one in honour of a much admired scholar such as Pierre-Marie Dupuy, is that one can still find the necessary freedom to start a dialogue with the addressee and perhaps also with other readers. I trust Pierre will not hold the exploratory character of this 'legal cartography' against me.

1. A Survey of Some Common Concepts

Let us assume, for a moment, that we are unable to tell a norm relating to the protection of the environment from one relating to human rights or trade law or humanitarian law; or, even more drastically, that we are unable to discern in the raw legal topography the overall areas that we call 'branches' or, more recently, 'special regimes'. The exercise is difficult for a lawyer. It would be like asking a French speaker to listen to spoken French without discerning the meaning,

focusing only on sounds and intonations, as he or she would do when listening to a conversation in a foreign language. It is, however, quite possible for someone not trained in law, who will likely find even the most basic distinctions between civil law and criminal law rather obscure. This exercise of estrangement is sometimes necessary to grasp more fully that 'branches' are to a very large extent conceptual categories used for specific purposes.

These purposes may vary. Most frequently, reference to 'branches' or 'special regimes' is made to define an area of specialisation or to encompass—using a shortcut—a wide array of norms and instruments sharing some common features. But, aside from such descriptive purposes, one may use a concept such as 'environmental law' or 'human rights law' to highlight a 'legal' feature of the topography, such as the type of interpretation techniques that are called for when a tribunal or other similar body applies a norm belonging to such branch. Similarly, reference to 'humanitarian law' could be made to highlight a legally relevant feature such as the speciality (translated by the legal maxim *lex specialis*) and therefore the priority of application of the norms belonging to the 'branch' or 'regime'. Irrespective of the merits of such assertions, which are far from settled, my basic point is that some concepts, such as 'branch' or 'special regime', are often used to highlight some features of the legal topography, whether descriptive or legally relevant.

Now, depending on how such concepts are used they can shed light on certain features of the legal topography or, conversely, obscure some others. For instance, asserting that a tribunal has jurisdiction to hear claims relating to trade law or investment law or human rights law clearly misconceives the manner in which jurisdictional scopes are defined in international law. The European Court of Human Rights cannot hear human rights claims for breach of the American Convention on Human Rights. Similarly, an investment tribunal cannot hear investment claims based on an unrelated investment agreement. Conversely, if a jurisdictional clause admits claims for breach of an array of treaties (either specified or unspecified) dealing with different branches, reference to 'branches' will be of little help to assess the scope of jurisdiction of a tribunal based on such clause. Similarly, the 'same kind' (*ejusdem generis*) of advantages that can be imported through the most-favoured-nation clause ('MFN') in an investment and trade treaty cannot be defined simply by reference to the fact that the targeted advantage appears in an instrument belonging to the same 'branch' or 'special regime'. A more fine-grained chart would be necessary to capture the types of advantages that can (and cannot) be imported, and such advantages could potentially be found in instruments belonging to other 'branches' (e.g. a similar but more beneficial preferential treatment clause in an environmental agreement). There is no need to multiply the examples or to assess here which position would better 'fit' positive law. My basic point is only that 'concepts' that may help capture certain features of the legal topography may not be useful to capture certain other features.

Let me now zoom in on 'norms' and, instead of determining the 'branch' or 'regime' to which a norm belongs, focus on other aspects of the content of norms. What I am doing, in fact, is fine-tuning the scale and the criteria defining the conceptual chart in order to capture other features of the topography. An apposite example is provided by the use of the conceptual distinction between 'primary' and 'secondary' rules. This distinction has different meanings. In H.L.A. Hart's *The Concept of Law*,[3] it is used to distinguish between rules that specify a conduct to be followed by a subject ('primary rules of obligation') and rules that perform some essential functions for the existence of a legal order (the so-called rules of recognition, adjudication and change). The concept of a 'primary rule of obligation' would be useful to bring under the same category norms as diverse as the prohibition of the use of force, the prevention principle and the obligation to respect freedom of association. Such norms could then be distinguished from other norms, such as those granting 'universal jurisdiction' to national courts over certain crimes (arguably part of the rule of adjudication) or the constitutional rules allocating legislative powers to a national legislature (an element of the rule of recognition).

This distinction is, however, not capable of disentangling different types of 'primary rules of obligation' such as 'principles' and 'rules', nor is it capable of clarifying the situation of certain concepts such as 'sustainable development', 'common heritage of mankind' or 'common concern of mankind'. Moreover, Hartian concepts would also be unsuitable to capture the distinction between 'primary' and 'secondary' rules as they are understood in the law of State responsibility. After all, the obligations of restitution, compensation and/or satisfaction ('secondary' rules in this context) that are triggered by a violation of a norm of conduct (a 'primary' rule in this context) could be characterised as 'primary rules of obligation' in Hartian terms. Conversely, the distinction used in the context of State responsibility would be of little use to shed light on features that the Hartian account is able to capture, such as the differences between law and other normative orders or the similarities shared by all (or virtually all) legal orders.

Also, the distinction used in State responsibility has proved to be unsuitable to understand the differences between 'responsibility' (for breach) and 'liability' based on the sole occurrence of damage caused by a subject. As long as 'secondary' rules are defined as rules governing the effects of a breach of a primary rule, the question arises as to whether damage without breach would also trigger secondary rules. The confusion that characterised the work of the International Law Commission on 'international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law' is largely a result of using an unfit conceptual chart. In order to understand this point, it is useful to refer to another common conceptual chart of a similar 'scale' but using different 'criteria',

[3] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

i.e. the distinction between 'obligations of conduct' and 'obligations of result'. An obligation of conduct is 'breached' when the conduct specified has not been followed. Some obligations of conduct may require that, in addition to not following certain conduct, some consequence has resulted. The customary 'prevention principle' requires both elements, i.e. conduct and damage, to be 'breached'. However, it does not specify the consequences in case these two elements are met. Such consequences are implied in the 'primary' rules, in that one expects that if the rule is breached, some legal effects will ensue. These are specified in 'secondary' rules of State responsibility. So far, the distinction between 'primary' and 'secondary' rules works well to highlight the target features of the topography. The relief of the topography becomes blurred when one uses this distinction to capture another feature, namely the situation of 'obligations of result'. Such obligations (one could think of the 'polluter-pays principle') are not easily accommodated as either a primary or a secondary rule. The polluter-pays principle states that whoever causes damage will have to pay for it. Implicitly, it seeks to prevent damage through a deterrence tactic (such as the golden rule, 'an eye for an eye' or the old German criminal rule '*Die Tat tötet den Mann*'). But, technically, it states that, whatever the conduct, in the event of some specific result (harm) a specific consequence will ensue (reparation) or, in other terms, it allocates the cost (reparation) of environmental harm to the one who causes it. Now, the question arises of whether the polluter-pays principle is a 'primary' or a 'secondary' rule. It looks like a bit of both (it implies a required conduct—not to cause damage—and it asserts the consequence—a reparation obligation). Moreover, as the conduct is only implied, one may ask whether reparation follows 'breach'. If 'breach' is defined (as in the 'primary' and 'secondary' rules chart) as not abiding by certain conduct, then there is no breach (or, at best, there is a breach of an implicit conduct). If 'breach' is instead defined, for a rule such as the polluter-pays principle, as the occurrence of a given event (damage), then reparation follows breach, but we are no longer within 'liability for injurious consequences arising out of acts *not prohibited* by international law'.

It would perhaps be easier to fine-tune the conceptual chart and to use the distinction between 'obligations of conduct' (e.g. the prevention principle) and 'obligations of result' (e.g. the polluter-pays principle). But this would require moving away from the distinction between 'primary' and 'secondary' norms (as obligations of result are somewhat in-between) in order to capture other legal features of the topography (liability for damage). There are, of course, alternative courses of action, such as developing a new conceptual chart or re-defining the distinction between 'primary' and 'secondary' rules to capture more accurately these features of the topography. But the point remains the same: depending on the accidents and fault-lines of the topography that one tries to capture, the conceptual chart will have to be different, much in the same way as there are 'political maps', 'physical maps', 'resource maps', 'climate maps', etc., all looking at the same Earth but using different criteria. Conceptual charts are, in J. Searle's

terminology, 'intentional'.[4] They necessarily entail (consciously or unconsciously) a target object. They provide tools to capture certain features of the topography. The better the tools, the more can be shown, as in other areas of intellectual inquiry. The concepts that we use are therefore important.

The foregoing remarks lead to some basic conclusions: (i) variations in conceptual charts are largely a function of the scale and criteria used; (ii) their performance must be assessed in the light of the features that they are capable of unveiling or highlighting; (iii) some conceptual charts may be useful for little more than descriptive purposes (e.g. 'branches') whereas others are capable of capturing legally relevant features of the topography.

2. The Concepts That We Use

In this section, my purpose is to elaborate on the insights gathered in the previous section. I will focus on three questions: (2.1) what are the sources of the conceptual charts used in legal inquiry; (2.2) what is the relationship between these charts and the features targeted by the inquiry; and (2.3) what is the nature of such conceptual charts.

2.1. *The Sources of Conceptual Charts*

The conceptual charts discussed in the previous section stem from different sources. Most of the time, they rely, at least to some extent, on existing legal concepts. In some cases they are newly crafted as part of a legal inquiry. In some other cases they are essentially recalibrated versions of a previous chart. Still, in some other cases, they are borrowed from another area of legal inquiry or even from other disciplines and transplanted into another area of law or into legal inquiry.

Although the distinction made between these four categories has only a descriptive value, it is useful as part of a legal cartography because it highlights four significant characteristics of the conceptual charts we use: (i) legal inquiry uses (but it is not limited to the use of) concepts explicitly introduced in the law; (ii) conceptual breakthroughs are possible (we are not merely limited to restate or comment the law); (iii) as a result, some form of 'progress' in legal inquiry is possible; and (iv) transplants of concepts from other disciplines provide an important entry-point for interdisciplinary approaches in legal inquiry. I will now provide a few examples to illustrate these categories.

---

[4] See J.R. Searle, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, Ch. 2 and 3.

2.1.1. Legal Concepts

Understanding the use of 'legal concepts' in a conceptual chart assumes that we have already made much of the road that will be made in the next sections. It is nevertheless necessary to refer to them here in a preliminary manner relying on what every lawyer intuitively knows about the types of entities appearing in the legal topography. Concepts such as 'trust', 'corporation', 'domicile', 'divorce', 'parental authority', 'contract', 'injunction', 'award' and so on are all 'legal concepts'. Legal inquiry may use them as a target feature or as part of a conceptual chart.

By way of illustration, when I seek to understand what are the defining traits of a 'trust', I actually apply a more specific chart to capture features such as the extent to which I can specify the beneficiaries, the powers of the trustee over the funds entrusted, and so on. When doing so, I am, in fact, understanding the concept of trust (as opposed to other legal entities) by analysing some more specific features that may be shared or not by trusts and other entities. Now, once defined, the concept of trust may become part of my conceptual chart, and become a tool, for example, if I am trying to identify the features of a different legal concept, e.g. a private foundation. Similarly, one may analyse the concept of 'award' in order to distinguish it from other types of decisions. Once this has been done, the concept of award may be used to assess whether a given decision (e.g. a procedural order from an arbitral tribunal) can indeed be characterised as an award.

This is a frequent task of legal research because characterising a legal entity in certain ways carries legal implications. Legal concepts are *interlinked* in the shared understanding[5] of those operating the array of materials we call the law. Characterising a decision as a 'foreign award' will link it—in the understanding of those operating the system (including, for example, foreign courts)—to some other norms (e.g. the New York Convention)[6] that require judicial institutions to treat such foreign awards in a certain way. This specific link may not be established for 'domestic awards' or some foreign decisions which are not 'awards'. The generation and maintenance (through consistent and stable practice) of these links in the understanding of those who operate the system goes a long way in explaining why legal concepts are different from other concepts.[7] I will revert to this point later in this chapter. For the time being, we only need to keep in mind that we do use legal concepts as part of conceptual charts. These concepts are directly 'gathered', as berries, from the law or the case-law and then used.

---

[5] I am indebted to my colleague Andrea Bianchi for his elaboration of the idea of law as a shared understanding.

[6] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 UNTS 38, 10 Jun. 1958 (entry into force: 7 Jun. 1959).

[7] See N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1993, Ch. 2.

2.1.2. Newly Crafted Charts

One example of a powerful newly crafted conceptual chart is the account by H.L.A. Hart of law as the union of primary and secondary rules. I have already referred to this account in the previous section. Hart's account was initially intended as an introduction for law students, but it resulted in a major breakthrough in the understanding of the structure and features of law as compared to other normative practices. Irrespective of whether one agrees or not with this account, its conceptual contribution is unquestionable. Indeed, as Kelsen's *Reine Rechtslehre*,[8] Hart's account has become a sort of intellectual horizon against which new accounts have been compared and measured. Another example, which I discussed in the introduction, is the account by P.-M. Dupuy of the unity of the international legal order captured through the lens of his conceptual distinction between 'formal unity' and 'substantive unity', which is often considered as the most articulate alternative to claims on the 'fragmentation' of international law.

Newly crafted conceptual charts do not need to be as encompassing as the two examples mentioned. Georges Abi-Saab's *essai de déconstruction* of the sources of international law[9] provide a conceptual chart focusing on the metaphors or images that best describe each type of source of international law. Similarly, Duncan Kennedy's 'theory of adjudication' provides an analytical grid to read the process of judicial decision-making in a manner that captures features of the topography (laws, social influence, and preferences, as freedoms and constraints affecting judicial decision-making) that more formalistic approaches tend to overlook.[10]

More generally, doctoral research normally involves (or should involve) developing a conceptual chart targeted at some specific features of the topography, such as the specificities of some investment or environmental treaties as compared to other such treaties, the features of an uncharted body of treaties (e.g. bilateral energy treaties), or the actionable implications of a broad concept, such as good faith, '*effectivité*', sustainable development or even sovereignty.

While there must necessarily be a relationship between the conceptual chart and the targeted feature of the topography (as noted above, charts are 'intentional'), there is no necessary relation between the type of target feature and newly crafted conceptual charts. In some cases, it may be more appropriate to

---

[8] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig/Wien, F. Deuticke, 1934.

[9] G. Abi-Saab, "Les sources du droit international: un essai de déconstruction", in *Le droit international dans un monde en mutation: Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, 29–49.

[10] D. Kennedy, "Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", *Journal of Legal Education*, 36, 1986, 518.

recalibrate an existing conceptual chart or to transpose a conceptual chart from another area of law or another discipline.

2.1.3. Recalibrated Charts

Resort to recalibrated versions of a previous conceptual chart is pervasive in legal scholarship, and justifiably so, as there is little sense in reinventing the wheel and neglecting the merit of those whose insights have shed new light on our understanding of the topography. The 'schools' devoted to test and refine conceptual charts such as those developed by H. Kelsen, H.L.A. Hart and many others are but a few illustrations of such recalibrations. In some cases (whether acknowledged or represented as 'new') there has been little conceptual adjustment, the charts being simply applied to explain certain features of the topography. But in other cases recalibration efforts have allowed a conceptual chart to overcome important objections. By looking at some examples of recalibrated conceptual charts, my purpose is to highlight that some form of accumulation of conceptual knowledge is possible in legal inquiry (in addition to the more familiar 'commentary' of the law) and that such knowledge can be put to empirical test.

A first example of a recalibrated chart that is still very influential today can be given in connection with R. Alexy's account of 'proportionality' as the key characteristic defining how 'principles' are applied.[11] Alexy's work provides an important tool for highlighting a 'feature' of the topography, namely the operation of principles, that other conceptual charts (e.g. Hart's) cannot adequately capture. It has, however, come under criticism because it grants courts applying such principles great discretion. One important objection is that political or administrative branches of government may be better positioned than courts to decide factual trade-offs because they have better means to understand the factual implications of a case. To what extent, then, should these decisions be second-guessed by courts? Also, when a case presents significant factual uncertainties (e.g. what is the probability for a foreigner to be tortured if extradited?) to what extent should courts exercise empirical discretion? These two issues are addressed in an article by Klatt and Schmidt where they propose some fine-tuning of Alexy's 'Weight Formula'.[12] This is typically an attempt (and—may I add—a successful one) at recalibrating an existing conceptual chart.

A second example concerns the distinction, discussed in the first section, between 'primary' and 'secondary' rules in the law of State responsibility and, more specifically, whether it is apt to capture the operation of the so-called 'circumstances precluding wrongfulness' (consent, self-defence, countermeasures, force majeure, distress and necessity). Indeed, some commentators noted during

---

[11] R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.

[12] M. Klatt & J. Schmidt, "Epistemic discretion in constitutional law", *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2012, 69.

the codification process that, if such circumstances were to be considered as technically precluding the wrongfulness of an act, they would be part of the definition of the 'primary' rule in question (e.g. self-defence would be part of the definition of the rule prohibiting the use of force) and should not be placed among 'secondary' rules.[13] Vaughan Lowe suggested one adjustment, namely to consider these circumstances as 'excuses', which instead of precluding the wrongfulness of an act would justify the 'breach'.[14] Lowe's point was that, as a matter of policy, considering an act as 'wrongful but excused' was better than saying 'wrongful but not wrongful' because it highlighted the fact that respecting international law is not exclusively a bilateral matter between two States but that there is an interest in preserving some objectivity in the normative pull of norms. This is a subtle social feature that the less fine-grained conceptual chart proposed by the ILC in 1996 could not capture. In the final 2001 version, the ILC Articles partially recalibrated the initial conception. Circumstances precluding wrongfulness remained so but article 27(b) can arguably capture the subtle differences between 'not wrongful' and 'wrongful but excused'. Reparation of an act covered by a circumstance precluding wrongfulness is not ruled out, which brings 'not wrongful' closer to 'wrongful but excused'. Thus, at least some circumstances precluding wrongfulness (one may think of *détresse* or necessity) may be treated like excuses thereby falling more neatly under the concept of secondary rule.

2.1.4. Transposed Charts

The fourth source of conceptual charts is to be found in concepts transposed from other areas of law or from other disciplines. Again, examples abound. For present purposes, the key consideration lies in how concepts developed in other areas or disciplines can be transposed into legal inquiry to highlight certain features of the topography.

F.C. von Savigny's study of Roman law led him to restructure the manner in which domestic legal systems interact with each other.[15] Instead of using a territorial or personal logic across the board to determine the applicable law, Savigny's system sought to apply to different types of 'legal relationships' (e.g. contractual obligations, torts, family relationships, property, etc.) the law where the relationship had its 'seat'. Such 'seats' could in turn be determined by reference to 'contacts' (e.g. *situs* for property, place of conclusion or performance for contracts, domicile for family relationships, etc.). One may agree or not with the usefulness

---

[13] See E. David, "Primary and Secondary Rules", in J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, 27–33.

[14] V. Lowe, "Precluding Wrongfulness or Responsibility? A Plea for Excuses", *European Journal of International Law*, 10, 1999, 405.

[15] F.C. van Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Band 8, 1849.

of this conceptual reconfiguration of how the applicable law is determined or whether a better conceptual chart can be found, but it is hardly questionable that it represented a conceptual breakthrough. Savigny's conceptual chart deeply influenced legislation and practice over the twentieth century.

Another example is M. Virally's use of the concept of 'function', borrowed from the political science of his time, to understand the operation of international organisations, both from a political and a strictly legal point of view. Indeed, according to Virally, determining the 'function' of an international organisation was necessary to look at the reality of this phenomenon in its actual operation, beyond the mere array of norms laid out in constitutive instruments and *droit derivé* (as suggested by Kelsen's normativistic approach). In turn, this more sociological perspective was capable of informing strictly legal aspects, such as an organisation's legal scope of action under the principle of speciality and the implied powers doctrine.[16] Thus, Virally's conceptual chart had the rare ability of illuminating the social functioning of international organisations while, at the same time, serving as the point of reference to draw strictly legal conclusions as to their specific powers.

These are but two examples in which concepts developed in other areas of law (Roman law or history of law) or in other disciplines (political science) can shed light on some features of the legal topography. There are, in fact, plenty of other examples illustrating the use of concepts, methodologies or even entire theoretical approaches to shed light on some features of the legal topography. Some intellectual movements in contemporary legal inquiry, such as law and economics or the various approaches to critical legal studies, are essentially efforts at understanding law through the conceptual lenses used in other disciplines. Thus, law and economic approaches borrow concepts from economics or sociology, such as 'utility' (maximisation) or the related 'rational choice model', to shed light on the operation of some treaties and on design features that could improve their effectiveness. Critical approaches seek instead to unveil other features of the operation of law, by resorting to the deconstructionist approaches developed by some French philosophers of the second half of the twentieth century. I am less concerned here with the specific conceptual charts developed by this or that author than with the *modus operandi*. Certain features of the legal topography are captured by using concepts developed in other areas of law or in other disciplines.

As in the first section, it may be useful to draw here some basic conclusions before moving to the next section: (i) conceptual charts can be gathered from

---

[16] See M. Virally, "La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale", in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, 277–300, at 281–288; M. Virally, "L'O.N.U. devant le droit", *Journal du droit international*, 99, 1972, 501; M. Virally, *L'Organisation mondiale*, Paris, Armand Colin, 1972.

the law, be newly created, be the result of a recalibration of an existing chart, or be the result of a transposition of concepts from an area of law into another area or from another discipline into law; (ii) spelling out the origins of the concepts that we use is not a merely descriptive exercise as it helps understand that legal inquiry is not limited to repeating and commenting the legal concepts explicitly introduced in the law but it may also achieve 'progress', i.e. through conceptual breakthroughs capable of capturing new, neglected or misunderstood features of the topography and accumulation through recalibration (or paradigm shifts as a result of new conceptual breakthroughs); (iii) spelling out the origins of conceptual charts also helps understand an important entry point for interdisciplinary analysis.

I mentioned earlier that there is always a relationship between the conceptual chart and a target object (conceptual charts are 'intentional'). In the next section I zoom in on this relationship in order to clarify its different aspects. This clarification is necessary to understand the nature of the concepts that we use, which, in turn, will inform us as to what is a good conceptual chart in legal inquiry.

2.2. *The Relationship between Conceptual Charts and Their Target Features*

Conceptual charts are instruments oriented towards an object (features of the legal topography). Using certain concepts will highlight some features of the topography but it may also obscure others. In this regard, two sub-questions arise. First, in order to craft or select appropriate conceptual charts we need to understand the relationship between such charts and the features they target (2.2.1). Second, the types of relationship between a conceptual chart and certain features may differ depending on the observer's intention or purpose (2.2.2).

2.2.1. Charts-Relationships-Features: Types of 'Relationships'

What types of relationships can a conceptual chart entertain with the features that it seeks to capture? To answer this question it is first necessary to make a preliminary point on the nature of the legal topography. The legal topography must be understood as an array of what J. Searle calls 'institutional facts', namely a reality with an objective existence but which depends upon a common understanding by humans. The 'law' does not exist in the same way as a lake exists but it cannot be denied that there is a law, that there are places and people we call courts, lawyers, etc. These are institutional facts that, in order to exist, need a meeting of minds, a shared understanding or 'convention' or, in more technical terms, the creation and maintenance of an inter-subjective reality through a myriad of human acts. The implications of the need for a subjective component must not be misunderstood.

When we speak about the law there are statements that are epistemologically 'objective' (e.g. that the International Court of Justice (ICJ) exists is not a matter of opinion but one of fact, although the ICJ does not 'exist' in the same

manner as a volcano) and statements that are epistemologically 'subjective' (e.g. that the European Convention of Human Rights is beautifully drafted is a matter of opinion). Now, what about statements such as: 'article 38 of the ICJ Statute is international law's rule of recognition'; 'the case-law of the European Court of Human Rights is more open to environmental considerations than that of the Inter-American Court of Human Rights'; 'treaties with (A) characteristics are more effective than treaties with (B) characteristics to achieve goal (C)'; 'the use of force by the US and the UK against Iraq in 2003 was illegal'; 'clause (R) in the River Uruguay Statute is a referral clause'?

These statements are not 'true' or 'false' in the same way as 'the ICJ is older than the Permanent Court of Arbitration (or vice versa)' would be, nor are they a matter of subjective appreciation such as 'the European Convention is more elegantly drafted than the American Convention'. They are 'true' or 'false' as a matter of argument. For them to be 'true' or 'false' the *conditions for the success of the argument* (e.g. the criteria that, if met, will count as making the assertion true) *must be clarified* and *persuasively* so. If I define 'rule of recognition' as a single provision that lists most of the formal sources of international law my assertion above will be true, but it will not necessarily be persuasive. This said, if I broaden the concept of 'rule of recognition' so much that the objective existence of a provision listing most of the formal sources of international law is neglected, then my conclusion may also be unpersuasive. Persuasiveness in this context means another meeting of minds at the level of a target society that I want to influence with my statement (e.g. in the above example the audience would be primarily legal philosophers, academics, international lawyers, etc.). This society will typically share some common knowledge (about an array of institutional facts) and it will be able to evaluate the way I have defined the conditions of success for a given purpose. This evaluation does not reintroduce epistemic subjectivity because the existence of some institutional facts cannot be simply ignored (e.g. the existence of an article listing most of the formal sources of international law may be given a different weight, but ignoring or neglecting it would make the argument less persuasive).

Importantly, the *type of conditions of success* (as well as their level of clarification and persuasiveness) *will depend on the point one is trying to make* or, in other words, on the features of the legal topography one is trying to capture. If I want to prove that the European Court of Human Rights (ECtHR) is more open to environmental considerations that the Inter-American Court of Human Rights (ICtHR), I will need to specify a few concepts such as 'openness', 'environmental considerations', as well as the 'materials' where these features will be sought, such as the case-law of the ECtHR and the ICtHR. If any of these concepts is unclearly and/or unpersuasively defined then my point may be true but unpersuasive. But the same inquiry may be capable of making a true and persuasive narrower point. For instance, let me assume that I define openness to environmental considerations as 'acceptance of the precautionary approach'. I then look at all the case-law of the ECtHR and find a trend of decisions that incorporate this approach.

Next, I turn to only a few decisions of the ICtHR and find that, in these decisions, the precautionary approach is not mentioned or only peripherally mentioned. On these premises, I cannot conclude that the ECtHR is more open to environmental considerations than the ICtHR. There may be cases decided by the ICtHR that I have not seen which incorporate the precautionary approach. Moreover, the ICtHR may be more receptive to other 'environmental considerations' (e.g. the protection of the entitlements of indigenous peoples over the natural resources located in their traditional lands, etc.) than the ECtHR. But is my legal inquiry doomed? Not necessarily. Although thus defined it is not capable of capturing certain features, it may be able to capture some others. For instance, the research may conclude that 'the ECtHR is receptive to the precautionary approach' or that 'there is some preliminary evidence that the ECtHR is more open, in some respects, to environmental considerations than the ICtHR'. Thus, the features targeted impose some requirements on the design of the conceptual chart. A conceptual chart which is well adapted for some features may not be so for other features. *The more general the features targeted the broader the conceptual chart will need to be and vice-versa.* This is not a rule but simply a descriptive observation of a type of relationship between a chart and the features it targets. There may be cases where this observation obscures the understanding of conceptual charts. But the conceptual chart of conceptual charts that I present here is no exception to the description of conceptual charts that it provides.

A second type of relationship can be analysed by reference to two other statements mentioned earlier in this section. If I argue that 'treaties with (A) characteristics are more effective than treaties with (B) characteristics to achieve goal (C)', the conditions of success of my argument will be different than if I argue that 'the use of force by the US and the UK against Iraq in 2003 was illegal'. In both cases I will have to take into account, in defining the conditions of success, the aforementioned relationship between the scope of the chart and the scope of the targeted features. But there is something else. In the first statement, the conditions of success concern an empirical relationship. I will (clearly and persuasively) define what it means for a treaty to achieve its goal (performance) and then I will compare the performance of treaties with (A) and (B) characteristics. The relationship between (A) (or (B)) and a given performance can be 'tested' in a similar manner as the relationship between an increase in the monetary base and a change in the interest rates. I may be entirely wrong about the legal understanding of characteristics (A) or (B) (e.g. I may wrongly believe that a treaty in force contains no 'binding' obligations or that it contains '*erga omnes* obligations' or that it contains a clause that makes it prevail over other treaties in case of conflict, which are all statements that depend on legal analysis) and, still, my argument that treaties with (A) characteristics are better at (C) than treaties with (B) characteristics may be successful.

However, a caveat must be introduced here. As soon as I try to make a step further and argue that treaties with (A) are better at (C) because, say, they contain '*erga omnes* obligations' (a 'legal concept'), I will have to explain the latter

assertion. This explanation is not an empirical matter but one of legal analysis. Specifically, to say that 'treaties with *erga omnes* obligations (Y) are better at (C) than treaties with synallagmatic obligations (X)' would be both an empirical and a legal claim. If, empirically, all the treaties containing a clause of the form (Y) are better at (C) than treaties containing a clause of the form (X), then I have established my empirical claim. Yet, I still have to show that this is because clauses (Y) and (X) are what lawyers understand, respectively, as '*erga omnes* obligations' or 'synallagmatic obligations'. These concepts are characterised both by a number of more specific features including—and this is key—linkages to an array of other legal concepts (see sub-section 2.3). In order to make my legal point, I will have to define (clearly and persuasively in the eyes of the community of lawyers past—mostly laid in written materials—and present) the concepts of '*erga omnes* obligations' and 'synallagmatic obligations' and then compare them with clauses (Y) and (X) to see if there is a match. If there is a match, I will have proven my point empirically and legally. If there is no match, my point that clauses of the form (Y) improve the performance of a treaty as compared with clauses of the form (X) may still hold, but I will not be able to explain it by reference to the operation of *erga omnes* obligations or synallagmatic obligations.

In some other cases, a statement may have to be proved only legally, with limited empirical input. In the statement 'the use of force by the US and the UK against Iraq in 2003 was illegal', the conditions of success do not concern an empirical relationship but only a legal one. As with the assessment of clauses (Y) and (X) in the light of the concepts of '*erga omnes* obligations' and 'synallagmatic obligations', I will have to assess the conduct of the US and the UK in the light of what lawyers understand as 'self-defence' or 'an authorised use of force under Chapter VII of the UN Charter'. There are of course some caveats. The conduct of the US and the UK is a composite entity far more difficult to pin down than five lines of written text in a treaty. That may create some empirical problems but the solution will not lie in an empirical argument. Indeed, if I am unable to clearly and persuasively establish the act to be assessed, my argument that the use of force was illegal may fail, but not because I inaccurately asserted a causal relationship between two facts (as in the first statement); it will fail because there is no match between the fact that I was able to establish and the legal concept used as standard (e.g. act (Z) does not amount to a use of force in breach of article 2(4) of the UN Charter or the customary norm with the same content). The conditions of success of my argument lie in whether there is a match between a given act and a given concept. I have to define both, but once both are defined, I can make a 'true' or 'false' argument without analysing, as in the first statement, the empirical relationship between a set of treaty characteristics and a given performance.

A clearer example of pure legal analysis is given by the last statement introduced at the beginning of this section, namely 'clause (R) of the River Uruguay Statute is a referral clause'. In this case, the conditions of success of my argument will lie in an assessment of a five-line paragraph (clause (R)) in the light of a legal

concept (referral clause). The exercise will be similar to the one conducted in connection with clauses (Y)/(X) and the concepts of '*erga omnes* obligations' and 'synallagmatic obligations'. This simpler example may be useful to look in some more detail into what it means to find that there is a match. In fact, what we do is to develop a fine-grained chart that seeks to capture the core elements for a clause to be considered as a referral clause (and therefore perform its effects) and then we look for such core elements in clause (R). To do so, we first try to clarify what is the shared understanding of the community of lawyers as to what it means for a clause to be a referral clause. Normally, we will seek examples of clauses that are widely considered to be referral clauses. This exercise can be conducted by looking at prior decisions from courts, the works of commentators, codifications efforts, and the like. It could also be conducted more speculatively if such traces of the community's shared understanding are not available. This more detached analysis may also be necessary to distil the core elements of referral clauses, if no specific guidance is provided in this regard by the materials consulted. There may be significant fluctuations in this process depending on the materials and our own ability to derive or craft a more fine-grained conceptual chart. Once we have the chart, we will look into clause (R) to see if the argument that it is a referral clause can be made clearly and persuasively. Clause (R) may have all the elements, some of them or none of them. In the first and last cases, the decision is simple (at least legally). But what if clause (R) has, say, two out of four elements in our detailed conceptual chart? In that case, we will zoom in even more (designing an even more detailed chart) or change the criteria used in order to introduce a substantive differentiation among the elements and determine whether the presence of one of them is decisive. In the latter case, if this element is present, then (R) is a referral clause. Otherwise it is not. In conducting this scale and criteria adjustments, lawyers thus rely on a reservoir of knowledge and apply (and comply with) certain techniques of reasoning that non-lawyers do not necessarily know or master. As I will discuss further in sub-section 2.3, *legal analysis* is precisely this: the ability to rely on a common pool of concepts known to lawyers and a variety of admissible rules of framing, induction, deduction, analogy, contrasting, etc., which borrow a great deal from logic but are also constrained by legal concepts. Law is a language that can be learned and spoken with different degrees of fluency. A legal argument may be flawed, in the same way as one may wrongly apply the grammar in a sentence we utter in a foreign language. Conversely, a legal argument may be extremely subtle, making a point without breaching the rules governing legal argumentation, as one may play with words when speaking or writing, or improvise when playing an instrument while staying within the parameters set by harmonic scales. But an argument may also cease to be a legal argument, when the language is not used or is abused, either by non-lawyers or by lawyers.

The foregoing observations are intended to clarify a second type of relationship between a conceptual chart and the target features. *A conceptual chart may*

target empirical features, legal features, or both. In order to capture these different features, the concepts used in a chart will differ in nature. A chart using the analytical concept 'regime' may be able to capture both the arrangements in a treaty and certain practices that have no legal nature, but it will do so only empirically or, in other words, the concept 'regime' will not be capable of capturing the differences between a binding (treaty or customary) norm and a mere practice. A chart using the concept of 'treaty' or 'custom' will be able to capture the preceding differences but it may experience difficulties capturing the practical influence of certain non-binding instruments. If both of these features are targeted, then the chart will have to include concepts capable of capturing both features.

The preceding observations lead to the following basic conclusions: (i) conceptual charts are developed to make certain statements; (ii) such statements target different features of the legal topography; (iii) the fact that the legal topography depends on shared understandings or 'convention' to exist does not mean that true or false statements cannot be made about its features; (iv) for a statement about such features to be true or false, the conditions of success of the statement must be spelled out clearly and persuasively; (v) the clarity and persuasiveness of the conditions of success of a statement must take into account the features that the chart seeks to capture; (vi) statements about general features tend to call for broad-scale conceptual charts (zoom out), whereas statements about specific features tend to call for narrow-scale conceptual charts (zoom in); (vii) the conditions of success of statements about empirical relationships are different from the conditions of success of statements about legal relationships; (viii) statements about empirical features call for analytical concepts (often transposed from other disciplines) whereas statements about legal features require the use of other concepts, either legal or analytical but capable of capturing legal features; (ix) a conceptual chart may use both types of concepts in order to capture different features of the topography.

The relationships between conceptual charts and target features may also be analysed from a different perspective. Instead of focusing on the type of features that a chart may (or may not) be capable of capturing, one may look at the purpose behind the design of such charts.

2.2.2. Intentional Charts as Purposeful Charts

Looking at purpose as part of a legal cartography is important in order to analyse two additional aspects of conceptual charts. The first aspect concerns the purpose pursued by a chart. The second aspect concerns a potential deconstructionist objection according to which there are no features of the legal topography, only those that we construct by crafting or selecting a conceptual chart and then bring to our own reading of the topography. Let me deal with these two aspects in turn.

Conceptual charts are not only intentional, they are purposeful. Practicing lawyers often experience the need to present their arguments in a certain way so as

to highlight some features of the topography while deliberately obscuring others. By way of illustration, if two potentially applicable norms or relevant precedents point to different solutions, lawyers will seek to design their argumentation so as to make the one more prejudicial to their interests look less important or relevant. Similarly, a practicing international lawyer may formulate a claim in different terms in order to benefit from a more receptive forum or to gain jurisdiction to bring a claim *tout court*. Purpose, in this sense, means *instrumentality*. A conceptual chart is designed with a specific advantage in mind that will be reached if certain features of the topography are conveniently highlighted whereas others are conveniently obscured. Now, instrumentality raises at least two difficulties. *One concerns the scope of the 'playground'*. It is not surprising that with enough twist and turn one can go from any point to any other point. Legal realism and its account of open-textured norms have led some commentators to believe that there were no limits to this twist and turn. Yet, not only are there rules governing permissible legal reasoning but, more generally, one should not underestimate the costs of twisting-and-turning in terms of persuasiveness. There may be a form of asserting the legality of the use of force against Iraq in 2003, but eight out of ten international lawyers would likely be unpersuaded. *Another difficulty* relates to whether there are 'good' and 'bad' purposes. A skilful practitioner may develop a conceptual chart in order to facilitate a money laundering operation or to allow the prosecution of a former dictator for heinous crimes. A judge may take certain decisions to abide by the official line of the government or an arbitrator may take a given stance to seek re-appointment, but judges or arbitrators may also seek to create a loophole to enhance the protection of human rights. An academic may push for the development of a far-fetched or futile concept for self-promotion reasons but he or she may also do so to positively influence policy-makers or tribunals. Much can be said about such purposeful charts but I will limit myself to one rather obvious comment. There is always value in attempting an 'objective' or 'impartial' conceptual chart to illuminate certain features. Even if one considers that it is psychologically impossible to be 'objective' or 'impartial', there is still value in a good faith effort at being so, particularly through a clear and persuasive spelling out of the conditions of success of one's arguments. Irrespective of one's stance as to the need for instrumental legal inquiry in some cases ('advocacy' is sometimes desirable), the bottom line is that there is always value in attempting a good faith account.

A deeper question that may arise in this connection is whether *any conceptual chart is by definition bound to construct the answers to its own questions*. As I mentioned in earlier sections, there is indeed a necessary bond between charts and their objects, as charts are 'intentional'. This is a very well-known concept in philosophy that, in basic terms, expresses the idea that there is no perception without an object of perception. By extension, there is no perception tool (such as a conceptual chart) without some object that it sets out to capture (such as certain features of the legal topography). A common deconstructionist critique

would advance that the 'object of perception' or the target 'features' influence the development of the chart (consciously or unconsciously) to such an extent that whatever we find in the topography is something we, in fact, have put there. There are different ways to address this question and, again, my aim is merely to describe as precisely as possible how we lawyers conduct legal inquiry. One consideration in this respect is that there is no Kantian 'noumenon' or '*Ding an sich*' (the thing as it exists irrespective of our perception) to be pursued in legal inquiry. The topography is not just the material expressions of law (books, cases, codes, treaties, etc.) but the complex array of such materials as the expression of a common understanding by humans at different levels. Unlike lakes, planets or sub-atomic particles, where the question of knowing the noumenon may have some relevance, legal inquiry is only concerned with what we understand (or have understood in the past and then instituted) about the law. We are aware that what we want to know is 'artificial' because we have created it. Creation does not mean here a conscious single moment when we deliberately established the whole legal system. It only means that law is a human construct. In this regard, it is hardly news that we constructed the material that provides the answers to the questions we ask in legal inquiry. Yet, what we constructed is not entirely docile or malleable. Once created, the array of 'institutional facts' we call the law has an objective existence based on our shared understanding of the law and the many material steps taken to institute this understanding such as drafting constitutions, laws, treaties or setting up courts, law faculties, law firms, legislatures, etc. What we study through our conceptual charts are the relatively stable and recognisable features of this shared understanding and its manifestations. The use of a given chart may highlight some features and obscure others. In this regard, one may argue that the features captured are in some sense placed in the topography by our chart. But this view cannot be taken too far. The features of the topography may resist the conclusions of the statements that we make about the law. Such arguments may be advanced nevertheless and less demanding conditions of success may be selected, but the institutional facts of the topography will be there to confirm or undermine the accuracy and persuasiveness of the argument.

Some illustrations will help clarify this point: one may argue that there is no rule of recognition in international law, but if I simply ignore the existence of article 38 of the Statute of the International Court of Justice the persuasiveness of my argumentation will be undermined; one may argue that the case-law of the ECtHR is more open to environmental considerations than that of the ICtHR or vice-versa, but the jurisprudence of these two bodies will still be there, quite factually, to confirm or infirm my conclusion; one may argue that treaties with (A) characteristics are more effective than treaties with (B) characteristics to achieve goal (C), but the texts of the treaties and their common understanding will nevertheless have to be taken into account to confirm or infirm the classification of different treaties as will the performance of each treaty in terms of (C); one may argue that the use of force by the US and the UK against Iraq in

2003 was legal, but article 2(4) of the United Nations Charter, General Assembly Resolution 2625 (XXV), the *Nicaragua* Judgment of the ICJ[17] and other legal materials will all have to be considered to confirm or undermine the conclusion; one may argue that clause (R) in the River Uruguay Statute is a referral clause, but the wording of clause (R), that of certain clauses widely considered as 'referral clauses' (comparators), and the *Pulp Mills* decision,[18] cannot simply be ignored if I want my argument to be persuasive.

In short, our shared understandings about the law—because they are shared by a large community and they have been materialised in different forms that gives them permanence—are not entirely docile and offer some resistance to manipulation. They have some objectivity or, to put it in simpler terms, they are somewhat more 'stubborn' than many believe; perhaps as 'stubborn' as the community who generates and maintains them. Thus, our conceptual charts can influence our understanding of the topography, but the topography has its own accidents and features that can only be ignored at the prize of forsaking persuasiveness and therefore influence. As constructs, the features of the topography are built, but once there, they have an objective existence.

Some basic conclusions can be drawn from the foregoing remarks: (i) conceptual charts are not only intentional but also purposeful, in that some features of the topography may be deliberately highlighted while others obscured; (ii) the prize of taking purpose too far is felt in terms of persuasiveness; (iii) injecting some specific purpose into legal inquiry may be a good or bad thing, and it may even be impossible to do otherwise, but as far as legal inquiry is concerned there is always value in good faith efforts at objectivity; (iv) the legal topography is constructed by humans but, once built, it has some objectivity and permanence that can be analyzed through the use of conceptual charts.

The latter point brings legal inquiry so close to social science inquiry that some may be (dis)comforted. The conceptual charts that we developed to understand certain features of the topography are similar to those develop in other disciplines targeting institutional facts. A political scientist may analyze the relationship between establishing a given voting system and the structure of political parties.[19] Underlying such an analysis, there are some assumptions about how people understand some more specific institutional facts (e.g. election laws, the operation of a political party, competition among parties, political offices, and so on) as well as their relations to one another. Thus, presidential systems (as

---

[17] International Court of Justice (ICJ), *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 14.

[18] ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, ICJ Reports 2010, 14.

[19] This is the relationship famously studied by Maurice Duverger in a number of studies during the 1950s. See M. Duverger, *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 1951. More recently, see A. Lijphart, *Patterns of Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1999.

institutions granting a person selected by a majority of votes access to a powerful political office) may push people to re-organise themselves in two large political parties. The pattern discerned by political inquiry is therefore about how certain shared understandings will combine to produce certain actions. This is not fundamentally different from lawyers assessing: whether a case is 'good' or 'bad' (on the basis of their own understanding of the law and of the way in which the courts will react on the basis of their own understanding); or whether an action is legal or illegal under international law (on the basis of how the community of lawyers will evaluate an act in the light of the shared understanding as to the applicable rules) or, still, whether the case-law of this or that court is moving into the direction of more openness towards environmental considerations (based on the understanding of the legal implications of certain arguments admitted by the court). The key difference is that, in legal inquiry, the analysis cannot be conducted without being fluent in a specific shared understanding that will make the community of lawyers or some individuals within it act in certain ways or take certain stances. This takes me to the nature of the concepts that a conceptual chart may have to mobilize to capture different features.

2.3. *The Nature of the Concepts That We Use*

In order to clarify the nature of the concepts that we use, it is useful to recall some of the conclusions arrived at in the two preceding sub-sections, namely that conceptual charts may seek to capture different types of features and that such features have an objective existence. The question to be addressed in this sub-section is: what is the nature of the concepts used to capture these different objective features of the topography? I have already referred in previous sub-sections to 'legal' and 'analytical' concepts as well as to the ability of concepts to capture 'legal' or 'empirical' features. The type of features a concept may be able to capture does not necessarily define its nature. Some analytical concepts are indeed capable of capturing legal features. The task I will undertake here is to clarify the nature of conceptual charts by specifying the concepts that they are made of. As I will try to show, the conceptual charts used in legal inquiry are characterised by their 'sensitivity' to both 'legal' and 'empirical features' or, in other words, by the ability to shed light on such features. In what follows, I will first characterise what I understand by the 'legal-sensitivity' of conceptual charts (2.3.1). I will then endeavour to clarify the 'empirical-sensitivity' of conceptual charts (2.3.2). These two characterisations will spell out the nature of the concepts that we use, which, in turn, will lay the foundations of the subsequent analysis of what makes a good conceptual chart in legal inquiry.

2.3.1. The 'Legal Sensitivity' of Conceptual Charts

Earlier in this chapter (see sub-section 2.1.1), I referred to the common understanding shared by lawyers of the term 'legal concept' and noted that I had to

come back to this concept to further clarify its meaning within a legal cartography. A concept is 'legal' if it is capable of evoking in the shared understanding of the community of lawyers a relatively stable array of legal norms. Thus, a 'trust', a 'corporation', 'parental authority', an 'award', etc., are all concepts that refer, in the minds of the community of lawyers, to a relatively stable (or readily recognisable) array of norms defining their implications (their connections with other norms). Legality is (as it has been shown by several authors)[20] a result of interconnection or mutual reference within the shared understanding of the community of lawyers. How are we to understand this interconnection? It can be captured at three levels.

First, the prescriptive statements that we call norms (command, prohibition or authorisation) will be considered as 'legal' norms if they entertain certain types of relationships with other similar norms. This appears to be a tautology (legal norms are defined by their relationship with other legal norms) but the third level will show that it is not. The *relationships between norms may be explicit or implicit*. By way of illustration, a domestic norm (D) stating that 'a court has jurisdiction to prosecute the crime of torture as defined in treaty (T) irrespective of whether they were committed' explicitly refers *inter alia* to the norm(s) in treaty (T) defining torture. In turn, the norm defining the crime of torture in treaty (T) (e.g. art. 1 of the Convention against torture)[21] is implicitly linked to (D), even if the drafters of (T) had no knowledge of the existence of (D). Each norm is thus interlinked with many other norms both explicitly and implicitly (depending on the link). While a norm may not always be formulated in such a way as to explicitly define its link to another norm, all norms entail implicit links. Explicit links are, as a rule, easier to establish both in their reach and limitations. Conversely, implicit links will be more prone to ambiguity and controversy.

This leads me to the second level. *In order to be legal, norms must entertain certain types of relationships with other norms*. Not every type of relationship will be relevant to determine whether two norms are legally related or whether a norm is legal and the other is not. By way of illustration, the fact that two norms relate to the protection of the environment does not necessarily create a relationship which is relevant from a legal standpoint (as opposed to the merely descriptive standpoint)[22]. Similarly, a moral and a legal norm may share some of their contents (e.g. the religious and the legal prohibition of murder) but this relationship

---

[20] See Hart, *The Concept of Law*; Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*; M. Virally, "Le phénomène juridique" (1966) 82 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 5.

[21] The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 UNTS 85, 10 Dec. 1984, (entry into force: 26 Jun. 1987).

[22] See J.E. Viñuales, "Cartographies imaginaires : Observations sur la portée juridique du concept de 'régime spécial' en droit international", *Journal du droit international*, 140, 2013, forthcoming.

will not give legal character to the former (e.g. suicide or killing in self-defence may remain condemned by the moral norm whereas the legal norm will see these situations as authorised). The types of relationships that are relevant from a legal standpoint are those governed by certain other norms that perform a regulative function (this is probably what Hart had in mind when he referred to secondary rules, although one could refer to a broader spectrum of norms). There are indeed *norms that will influence the conformity of different competing statements about an implicit* (*or explicit*) *link*. These include rules of interpretation, rules governing the general application of certain norms in space and time, rules governing priority as a matter of specialty or importance, etc. For the purpose of our legal cartography, it will suffice to note that these norms cannot be ignored in legal reasoning. In other words, legal reasoning is not just logical reasoning; it is logical reasoning within certain parameters. This point was briefly mentioned when discussing the types of relationships between conceptual charts and target features of the topography. As a general matter, these parameters have become stricter over the centuries (e.g. the increasing share of deliberate law—statute or treaty law—as compared to less calculated law—customary law or generalisation of precedents), and an entire history of law (or international law) could be written by focusing on the changing demands of these parameters.

At a third level one may inquire as to what is the 'medium' where such relationships can be observed. A short answer to this question is that they appear in the written instruments expressing the law (whether treaties, laws, cases or books). Yet, this is only partially accurate. Let me assume, for a moment, that humans suddenly disappear from the face of the Earth leaving behind a variety of writings such as codes, treaties, laws, judgments, etc. Whereas an abstract intelligence looking at such materials may find logical connections among them, the 'explicit' and 'implicit' links and the rules influencing their ascertainment are no longer there. In other words, *these links are but a body of understandings shared by a certain group*. Defining the group in a water-proof manner would be impossible (and futile). But it can indeed be characterised by reference to those who operate the system: those whose task is to look at the norms, establish their connections, and perform some material acts in accordance with their understanding of what these norms command, prohibit or authorise. The fact that legality is but a shared understanding does not mean that it is entirely transient or volatile. The written instruments mentioned earlier give this understanding a more permanent form and introduce constraints on how legality may be determined. Even when such written instruments are absent (one could think of customary law or the law of some severely underdeveloped countries where written traces of the law have been destroyed and not yet reconstituted) there are shared understandings on who will have authority (or even the supreme authority) to express the content of norms (this would bring Hart's rules of recognition and adjudication under the same shared understanding). In short, the shared understanding regarding legality is not easily changed. It has an objective existence which is not easily neglected. It may be manipulated in some cases, but it cannot simply be ignored.

The shared understanding of the community of lawyers as to the interconnection among stable arrays of norms characterise a 'legal concept'. These interconnections are what I call 'legal features' of the topography. Importantly, some concepts may be capable of capturing legal features, including some unnoticed or previously unseen interconnections. Such other concepts will not be called 'legal concepts' (as the array of legal norms to which they refer does not have a sufficiently stable or immediately recognisable character in the shared understanding of the relevant community) but 'legally-sensitive analytical concepts'. Legally-sensitive analytical concepts play a major role in the conceptual charts that we use to conduct legal inquiry. Their development, whether it results from a conceptual breakthrough, a recalibration of an existing concept, or a transposition from a different area of law or discipline (see sub-section 2.1), is the cornerstone legal inquiry.

Some basic conclusions arise from this analysis: (i) legal concepts are stable (readily recognised) arrays of interconnected norms the relationships of which are governed by specific regulative norms; (ii) legal concepts and their components exist as a shared understanding within the community of lawyers backed by some written and/or physical support; (iii) viewed from the perspective of a conceptual chart, legal concepts and their components are called 'legal features'; (iv) legal sensitivity is the ability for a concept to capture legal features; (v) 'legally-sensitive analytical concepts' are concepts capable of capturing legal features but they differ from 'legal concepts' in that they do not capture a stable array of interconnected norms, i.e. an array directly and readily associated, in the minds of the relevant community, with a legal concept; (vi) the development of 'legally-sensitive analytical concepts' (resulting from a conceptual breakthrough, a recalibration or a transposition) is the cornerstone of legal inquiry.

2.3.2. The 'Empirical Sensitivity' of Conceptual Charts

Conceptual charts may look beyond pure legal features (the interconnections of legal norms defined by certain relationships governed by other regulative legal norms) and seek to capture aspects of the social reality. It is important to be precise in this respect to avoid potential misunderstandings. Law, as an array of institutional facts, is a part of social reality, so 'legal concepts' and 'legally-sensitive analytical concepts' refer, of course, to a portion of social reality. But conceptual charts may go beyond this portion of social reality and look at 'empirical features'. The empirical sensitivity of a conceptual chart may be characterised at three levels.

At a first level, *a conceptual chart may seek to capture an empirical relationship* of the type (already discussed) 'treaties with (A) characteristics at better at objective (C) than treaties with (B) characteristics'. The conceptual charts developed to capture such features have little need to use legally-sensitive analytical concepts. As already noted, an empirical relationship may be established without addressing the types of interconnections between norms that I called legal

features. Some of these conceptual charts may be powerful tools to understand the performance of a treaty[23] and, yet, neglect or inaccurately characterise legal features. It is only when the explanation of the empirical relationship mobilises legal features (e.g. treaties with binding dispute settlement clauses are more effective than treaties without such clauses) that the conceptual chart will need to capture at least some legal features (e.g. whether a clause can be considered, in the light of the general understanding of international lawyers, as a 'binding dispute settlement clause'). This first level is useful to make a distinction between conceptual charts requiring 'legally-sensitive analytical concepts' and conceptual charts resorting only to 'analytical concepts' (which are not capable of—or interested in—capturing legal features). A significant part of the conceptual charts developed in the political science literature on international regimes or on the interactions between international law and international relations theory is only concerned with empirical relations and consists only of 'analytical concepts'.[24] In some cases, such analytical concepts are even referred to with the same word used to characterise legal concepts. Thus, a classic account of international regimes uses the terms 'norms' and 'rules' without limiting their meaning to legally binding norms or rules.[25]

But there is also *a second level at which conceptual charts may need to be empirically-sensitive*. As noted by J. Searle, any statement implicitly entails a commitment to reality.[26] This is particularly the case in the type of statements made in law and legal inquiry which, in Searle's terminology, can be characterised as 'declarations'. Whether we state that 'there shall be an international court of justice' or we utter a command, prohibition or permission, we introduce a connection with the social reality that is targeted. Thus, the statement that 'States shall have the inherent right to self-defence against armed attack' assumes that there are social realities called 'States' and that, legally, the status of 'State' entails some consequences such as the 'right to self-defence' in case of 'armed attack'. Similarly, 'legally-sensitive analytical concepts' (e.g. the concept of 'function' in the theory of international organisation) and 'analytical concepts' (e.g. the concept of 'regime' or 'regime complex') assume that there is a portion of the social reality that can be aptly synthesised and captured by the use of such a term. They provide a terminological cut which implies that something called international organisation or a certain array of relationships exist as a recognisable portion of social reality. This may change over time, formulating a conceptual chart in terms of international organisations would have been as empirically inaccurate in the

---

[23] See e.g. S. Barrett, *Environment and Statecraft: The Strategy of Environmental Treaty-Making*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2003.

[24] See B. Simmons, R. Steinberg (eds.), *International Law and International Relations: An International Organization Reader*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

[25] See S. Krasner (ed.), *International Regimes*, Ithaca N.Y., Cornell University Press, 1983.

[26] Searle, *Making the Social World*, 80 and ff.

XVIII century as a conceptual chart referring to a world empire or a president of the world would be today. Of course, terms can be 'assigned' meaning by the very act of a 'declaration', but the act of assigning meaning is not totally unrestrained. It must take into account not only the regular meaning of the words used but also the shared understandings that we call social reality. Let me take two short examples. First, the normativistic account provided by Kelsen of the international organisation phenomenon was unable to capture certain empirical features of the functioning of international organisations. Similarly, some contemporary theories of world government or of the post-national State may not be taking sufficiently into account the empirical relevance of the concentration of factual power associated with the existence of States. In both cases, a conceptual chart displaying insufficient empirical-sensitivity in this sense may appear unclear, unpersuasive or even irrelevant to those whose shared understanding is shaped by the existence of social realities such as international organisations or the State.

There is also a third level at which empirical sensitivity must be analysed. *Legal concepts and their components (norms) do not always seek to reflect reality accurately*. It is in the very function of law to seek to govern or 'norm' reality. The difficulty lies in identifying when a disconnection between the norm and the reality governed is the result of a will to 'norm' or, rather, of inadequacy or even 'obsolescence'. Some examples will help illustrate this point. The use of force is prohibited despite the fact that it is factually frequent. In this case, the norm deliberately departs from reality in order to 'norm' or 'evaluate' conduct. There may be different political reasons underlying the stance taken by a norm, but the disconnection with reality is not unforeseen or (if unforeseen) unregulated. There are, however, other cases where the disconnection is not the result of a normative stance but one of obsolescence. By way of illustration, the disconnection between articles 106 and 107 of the United Nations Charter (relating to transitional security arrangements) and the regulated reality is the result of obsolescence and not of a normative stance. But the tension between normativity and obsolescence is often far more difficult to solve. In some cases, the empirical disconnection of one or more norms has been addressed by way of interpretation. Such is the case of the protection of the environment under some human rights treaties (e.g. through article 8 of the ECHR). In such a case, the gap between law and reality has been seen as an unforeseen and undesired disconnection and partial obsolescence has been averted through the extension of the scope of certain human rights provisions. In other cases, such an extension is far more controversial. For instance, it is controversial whether the right of self-defence may cover the pre-emptive use of force or the use of force against non-State actors despite the fact that this is recurrent in practice. Most international lawyers would likely consider that this disconnection results from a normative stance on the scope of self-defence in international law but this has been challenged by some other international lawyers. For present purposes, the

tension between normativity and obsolescence is relevant in order to understand the type of empirical sensitivity that a conceptual chart may need to display. Because this tension involves reference to legal features, only those conceptual charts including (but not limited to) legal concepts and legally-sensitive analytical concepts will be capable of capturing such features. This said, pure analytical concepts may be a necessary addition to provide empirical reasons for or against an extension of the scope of a norm.

In conclusion: (i) a conceptual chart may capture an empirical relationship with or without reference to legal features; (ii) 'analytical concepts' differ from 'legally-sensitive analytical concepts' in that the former are not capable of capturing legal features; (iii) 'legal concepts', 'legally-sensitive analytical concepts' and 'analytical concepts' must display a sufficient fit with the social reality they target; (iv) the empirical sensitivity of legal concepts and their components raises a tension between the normative purpose of norms (normativity) and their practical relevance (obsolescence).

3. What is a Good Conceptual Chart?

The purpose of this last section is to draw upon the language of the 'legal cartography' introduced in the foregoing sections in order to characterise what makes a good conceptual chart in legal inquiry. The positions taken in the next paragraphs are by no means intended to imply that legal inquiry that proceeds in a different manner has lesser value. They are merely intended to generalise some characteristics often found in what I see as illuminating legal scholarship.

3.1. *Combination of Concepts*

Good conceptual charts tend to combine different types of concepts. In order to capture the legal and empirical features of the topography, the conceptual charts used in legal inquiry will often need to use a combination of 'legal concepts', 'legally-sensitive analytical concepts' and/or 'analytical concepts'.

Conceptual charts with a strong emphasis on purely analytical concepts may provide powerful accounts of some empirical features of the topography, but such emphasis will come at the prize of neglecting legal features. Analysing contracts, laws, treaties, customary norms and the like with concepts that are not well adapted to capture legal features (specifically regulated interconnections among norms) would amount in fact to conduct social science research (political science, economics, sociology, history) on legal structures (often called 'institutions' in the social science terminology). This is a legitimate and indeed necessary line of inquiry but, as pure social science research, it must be subject to the appropriate methodological rules of the discipline mobilised. As no legal analysis proper is conducted, such an inquiry could not be characterised as either legal inquiry or interdisciplinary research (involving law and another discipline). The

main implication of this position is that focusing on 'institutions' (on law as an object instead of, say, the 'stickiness' of prices, electoral behaviour, etc.) is no excuse, whether for lawyers or non-lawyers, to lower the methodological standards applied in the relevant discipline. Such a research remains disciplinary in nature, even in those disciplines where law is an uncommon object.

Conversely, conceptual charts with a strong emphasis on legal concepts may provide detailed commentary on the readily recognised components of such concepts, but such emphasis will come at the prize of neglecting empirical features or underexplored legal implications of the concepts analysed. Thus, a normativistic approach to international organisations focusing on a detailed commentary of provisions will provide only a limited contribution to the understanding of international organisation if it does not take into account the relevant empirical features (not only the 'practice' but also the political implications of different options). Such more positivistic or commentary-like line of inquiry falls plainly within legal inquiry, as it focuses on clarifying specifically regulated interconnections among norms. It will, however, leave little room for interdisciplinary research or even for a broader legal inquiry seeking to identify normative interconnections that are less readily recognisable.

This is why legally-sensitive analytical concepts are important to add a stronger theoretical dimension to commentary-like inquiries without losing sight of legal features, as in purely social science inquiries. The development of 'legally-sensitive analytical concepts' through conceptual breakthroughs (sub-section 2.1.2), the recalibration of existing conceptual charts (sub-section 2.1.3), and the transposition of concepts from other contexts (sub-section 2.1.4) is a critical step in legal inquiry. It is perhaps the best entry point for genuine interdisciplinary research as well as the main proof that scientific progress is possible in legal inquiry proper. The quality of 'legally-sensitive analytical concepts' will depend on their relationships to the legal and empirical features they target.

3.2. *Setting the Appropriate Scale and Criteria*

For a conceptual chart (particularly for its legally-sensitive analytical concepts) to be adequate to capture its target features, the scale and criteria of the chart must be appropriately set.

Broad conceptual charts are normally unable to capture with sufficient accuracy specific features (e.g. the concept of 'primary norms' cannot adequately capture differences between principles and rules, obligations of conduct and obligations of result, procedural and substantive obligations, etc.) whereas narrow conceptual charts may be inadequate to capture broader features (e.g. focusing on 'self-contained regimes' may not adequately capture the shared formal and substantive unity of international law, as highlighted by P.-M. Dupuy). These examples also illustrate the need to fine-tune the criteria to which a conceptual chart will be sensitive. Depending on the targeted features, one may need to use analytical concepts sensitive to different legal features (e.g. using a

distinction between primary and secondary rules may be less adequate than a distinction between obligations of conduct and result for the analysis of the legal consequences of environmental damage).

The basic position that can be derived from this discussion is that good conceptual charts are premised on a sufficiently clear identification of the features that the chart seeks to unveil or clarify and they do not lose sight of them (sub-section 2.2.1). Zooming in or out to capture some features entails a choice of target. The prize of clarifying some features may be to lose sight of others or even to obscure them. Of course, the more a conceptual chart is versatile (the more features it is capable of capturing without obscuring others) the better. But, as in other disciplines, some features will normally escape scrutiny and, eventually, may put to test those conceptual charts that aspire to comprehensiveness (e.g. Kelsen's pure theory). In legal inquiry, trade-offs between highlighting some features and obscuring others may be expected to be rather frequent. This is not, as such, a problem, provided that the conditions of success of the arguments that the conceptual chart seeks to advance are clearly and persuasively spelled out.

3.3. *Clearly and Persuasively Defined Conditions of Success*

Another conclusion arising from the relationships between conceptual charts and their target features is the need to clearly and persuasively define the conditions of success of the arguments advanced in the light of the chart (sub-section 2.2.1). Legal inquiry aims at making certain types of statements about the legal topography.

Even in those cases where the scale and criteria defining the conceptual chart have been properly set to capture certain target features, good conceptual charts spell out as clearly as possible the conditions of success of the arguments (the 'theses' or 'points') they make. This is because the types of statements that we make in legal inquiry are 'true' or 'false' as a matter of argument. An argument is better made when its assumptions are made explicit than when they remain implicit.

It is, of course, not sufficient to spell out the conditions for the success of the argument. One also needs to do it persuasively in the eyes of the relevant community (the community of lawyers). This is important in two respects. First, certain conditions of success may be unpersuasive to make certain arguments and persuasive to make certain other arguments. If I want to make an argument about the relative openness of different regional human rights courts to environmental considerations, setting the room granted to the precautionary principle as the condition of success may be too limitative an indicator to make my point persuasively. Yet, this same condition of success would provide a persuasive test for a different argument, e.g. the reception of the precautionary principle in such courts. Second, when the conditions of success of an argument are unpersuasive, one may be tempted not to spell them out too clearly, so as to draw a veil on the

soundness of the argument. This is a problem and it leads me to the question of purpose.

3.4. *Setting the Purpose*

There is always value in a legal inquiry that is conducted in good faith. In the hypothesis mentioned in the foregoing paragraph, there would be more value in spelling out insufficient (or unpersuasive) conditions of success of an argument and then reducing the ambition of the point made, than in keeping the initial argument and trying to hide its shaky basis by blurring the conditions of success.

The main difficulty presented by this position is whether in some cases an activist or deliberately biased conceptual chart may be justified in order to make progress in the protection of certain values (the fight against impunity, human rights or environmental protection, etc.). I would not exclude the potential value of such *modus operandi* in an advocacy context but, as far as legal inquiry is concerned, my own view is that a good faith and persuasive effort at highlighting some legal or empirical features, even modest, is more valuable than a biased effort at highlighting a more ambitious set of features.

I would like to return now to the question identified at the beginning of this chapter: what do we do when we, as lawyers and/or academics, conduct legal inquiry? Well, as in many other disciplines, we develop conceptual charts in order to capture (through a fine-tuning of the scale and criteria of such charts) certain features of the topography. Our conceptual charts are peculiar in that they are called to capture certain specifically regulated interconnections among norms, but we are not prisoners of well-established legal concepts. Quite to the contrary, conceptual innovation (typically in the form of conceptual charts including 'legally-sensitive analytical concepts') is possible and desirable. It is perhaps the best entry point for interdisciplinary research as well as the best proof of the possibility of making genuine progress in legal inquiry. In this context, a good conceptual chart is simply one which: (i) captures both legal and empirical features, (ii) through the use of 'legally-sensitive analytical concepts', (iii) appropriately fine-tuned in terms of scale and criteria to capture well-defined target features, (iv) in order make some statements whose conditions of success are clearly and persuasively spelled out and, last but not least, (v) as part of a good faith effort.

CHAPTER FOUR

ON THE THEORY OF THE INTERNATIONAL CONSTITUTION

Olivier de Frouville*

Pierre-Marie Dupuy is an inspired and inspiring mind. He invites young students and academics like myself to open their minds to new and different ways of thinking, to overcome strict formalism, while remaining lawyers and academics. His enlightened positivism underscores the necessity of situating law in its sociological and political context: law is a tool for regulating social relations, not a set of rules without consequences in real life:

> Les normes juridiques ne sont pas des expressions de la seule logique formelle. Ce sont aussi des instruments empiriques destinés à la régulation sociale. Elles ont elles-mêmes une histoire; elles sont l'expression de choix politiques et idéologiques qui ont des implications sur leur dynamique propre.[1]

Professor Dupuy constantly reminds us that our theories should be mainly descriptive, and only marginally prescriptive, if we want to remain in the spheres of science. However, he also recognizes that academic discourse could and in fact should, at times, be prospective and attempt to devise new schemes more in line with present day sociological conditions.[2]

Among all of the issues Professor Dupuy addresses with his concern for opening minds and highlighting new perspectives, he gives particular attention to the

* Professor at the University of Panthéon-Assas (Paris II), Member of the French University Institute (I.U.F.).

[1] P.-M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 209.

[2] Dupuy, *Cours général*, 211: "Descriptive, non prescriptive, l'analyse juridique du droit international ne doit pas forcément s'effrayer d'être à l'occasion prospective, dans la mesure où elle est contrainte par l'accélération de l'histoire comme par l'affirmation ostensible d'une volonté collective de 'moralisation du droit' à intégrer la composante idéologique et la variable temporelle dans l'analyse de la dynamique inhérente à la norme qu'elle a pour objet d'examiner".

concept of an international constitution.[3] This concept generally generates a lot of scepticism among international lawyers, especially French international lawyers. Pierre-Marie Dupuy has examined this concept very closely, and in particular the argument according to which the Charter of the United Nations (UN) is seen as the "Constitution of the International Community".[4] While acknowledging the constitutional dimensions or the constitutional flavour of the UN Charter, Pierre-Marie Dupuy also develops a critical perspective based on the difficulties in terms of interpretation raised by this position. Difficulties arise, in particular, from the vagueness of the concept of a constitution. A constitution means different things in different legal traditions with the result that applying an indeterminate concept of a constitution to the UN Charter may not help in clarifying its content and its meaning.[5] Professor Dupuy recognizes that viewing the UN Charter as a constitution may have an impact on providing a substantial unity to the international legal order. At the same time, he remains sceptical about what fundamentally appears to be an analogy with a concept generally used in relation to a state. Thus his cautiousness in handling the concept: at a certain level, it is quite certain that the UN Charter gives organic unity to the international community, as well as substantial common principles, but that does not clearly means that it is appropriate to call it a "constitution".

I fully agree with this critical view on what has also been called the doctrine of the "constitutionalization" of international law. What is disturbing here is the failure to come to an agreement on the concept of a constitution. The movement described as constitutionalization is not premised on a clear understanding of what its result is supposed to be.

Another question is whether we need the concept of a constitution in the first place to describe international law? I tend to think that under certain conditions such a concept would be very useful in understanding contemporary international law. International law is not what it used to be anymore, as Pierre-Marie Dupuy has taught us. The concepts which were forged by Vattel and his successors—sovereignty, consent, *non-interference*—clearly fall short of what we need to describe the changing structure of international law. We need new types of concepts—which does not mean that we need to reinvent law altogether. This essay is based on the idea that legal theory offers a limited range of concepts to describe a limited phenomenon. Law is not everything and it is not an indeterminate phenomenon. It is a phenomenon which is immanent in any society (*ubi*

---

[3] P.-M. Dupuy, "The Constitution Dimension of the Charter of the United Nations Revisited", *Max Planck Yearbook of United Nations*, vol. 1, 1997, 1–33; Dupuy, Cours *général*, 215 and ff.; "Ultimes remarques sur la 'constitutionnalité' de la Charte des Nations Unies", in R. Chemain & A. Pellet, *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale?*, Paris, Pedone, 2006, 219–232.

[4] Dupuy, *Cours général*, 227.

[5] Dupuy, *Cours général*, 229.

societas, ibi jus) and that cannot be conflated with other types of phenomenon—for instance habits, courtesy, or certain types of moral rules the sanction of which is not socially organized. On this basis, I would like to argue that the concept of a constitution is useful in depicting the reality of any legal order. And the time may have come when the concept of a constitution should be put at the forefront again, not because there was no constitution before—in fact I will argue that there has always been a constitution in international law—but because this concept is now more useful than ever in understanding and describing international law as it is today, that is a legal order which has become more complex, fragmented, and difficult to conceptualize with such elementary concepts such as sovereignty and consent.

In this attempt to make the concept of a constitution useful, I will come back to the thinking of the author who took the concept of Constitution the more seriously: Georges Scelle. Pierre-Marie Dupuy gives credence to Georges Scelle mostly for his "dédoublement fonctionnel"—the role splitting theory,[6] but is quite reluctant when it comes to his constitutional thinking, and in particular his attempt to have recourse to the concept of social functions when reflecting upon the implementation of international law.[7] My belief is that there might be more to take from Georges Scelle than the *dédoublement fonctionnel*. At the same time, I also recognise the limits of his sociological position, and am particularly critical of the fact that this theory is obviously unable to explain how the facticity of power may take into account the "social fact" in order to produce rules that claim to be both valid and legitimate.

In other words, Georges Scelle's theory reveals itself incoherent when it tries to explain how ethics meets power in order to produce law. I propose to try to remedy this defect by applying a democratic definition of law, that is a Kantian definition of law closely linked with the concept of freedom, albeit revised in light of discourse theory as developed by Jürgen Habermas.

1. Georges Scelle's Concept of the International Constitution

It seems quite natural to try to find support in George Scelle's work when reflecting upon the theory of the international constitution. After all, George Scelle's second volume of the *Précis de droit des gens*, is simply called: "Droit constitutionnel international".[8] However, it is a fact (and maybe an injustice) that not much attention has been given to his views on international constitutional law.

---

[6] P.-M. Dupuy, "Humanité, Communauté et efficacité du droit", in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, 133–148, spec. 138 and ff.

[7] Dupuy, *Cours général*, 79.

[8] G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Vol. 2, "Droit constitutionnel international", Paris, Recueil Sirey, 1934.

This may be explained by, among other reasons, the fact that Scelle is often considered with sympathy by academics today, but also viewed as "old fashioned".[9] His sociological perspective based on Durkheim's work on the social division of labour seems too systemic in the eyes of post-Nietzschean thinkers, who reject the very idea of a general theory as applied to law or society. Also, the way Scelle sometimes opposes "objective" and "positive" law, and tends to judge positive law in the light of objective law is too evocative of a natural law framework which may lead some authors to the paradoxical conclusion that Scelle is not even a "positivist" lawyer.

It would be a shame though, on the basis of these general ideas, not to read Scelle thoroughly, as we continue, for instance, to read Kelsen 80 years after he gave his course at the Hague Academy on the general theory of international law (1932). In particular, Scelle's writings on the concept of the international constitution deserve at least to be studied carefully, even if one may, in the end, reject them in their entirety.

My aim is to take a closer look at this particular way of thinking and in particular to see how it develops an alternative theory to what could be considered as a more communitarian version of international constitutional theory, which supports the idea of the progressive "constitutionalization" of the international legal order.[10] George Scelle's thinking can be distinguished from this discourse on

---

[9] See M. Koskenniemi's thorough analysis of Scelle's doctrine: *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2002, 338: "By the onset of the Cold War such a view had lost political force. Its combination of realism and utopia seemed insufficient under both headings, too abstract to ground a realistic program for renewal and far from independent of the political struggles that it hoped to overcome. [...] That he was sidelined from the preparation of the Schuman Declaration of May 9, 1950, the century's most significant federalist move, betrays the sense in which his *Droit des gens*, must have seemed to the cultivators of the new pragmatism as old wine in yesterday's bottles." In France too, Georges Scelle is often seen as "old wine in yesterday's bottles": see C. Santulli's preface to the reprint edition of the first volume of the *Précis de droit des gens*, Paris, Dalloz, 2008. See however the contributions included in the issue 1, vol. 1 of the *European Journal of International Law*, and in particular those of Hubert Thierry, René-Jean Dupuy and Antonio Cassese, who all demonstrate the actuality of Scelle's doctrine relating to a number of aspects of present international and European law.

[10] Almost all writings on the International Constitution or on the "constitutionalization of international law" adopt a communitarian perspective, insisting on "community interests" and on the formation of an international community which would explain the development of an international constitution. This tradition may find its origins in the work of Alfred Verdross (see *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschat*, Vienna/Berlin, Springer, 1926, quoted by B. Simma in his general course referenced below. See also the "Règles générales du droit international de la paix", *Recueil des cours de l'Académie de droit international,* 30, 1929, 354: "En effet, le droit des gens contient des règles coutumières bien établies qui forment une véritable *constitution internationale* obligeant toutes les autorités. La primauté du droit des gens, ou mieux de la constitution

the constitutionalization of the international community in three ways: the constitution is immanent in any society and not transcendent of a given community; the constitution is a phenomenon and not an idea of reason; the constitution is a process and cannot be contained exclusively in a single written document.

1.1. *Community and Society*

Let us start with what is probably the most crucial issue, as it is the one that best reveals the differing positions of Scelle and what we could call the communitarian position. For the latter, the concept of a constitution is closely linked to the idea of community. On the contrary, for Georges Scelle, a constitution is inherent to law and law is inherent to society. Central to the communitarian conception is the distinction between community and society, originally crafted by Ferdinand Tönnies in one of the seminal pieces that gave birth to sociology as a science.[11]

---

internationale, n'est donc pas un postulat, mais une réalité". Professor Bruno Simma, co-authored the 1976 edition of Verdross' *Universelles Völkerrecht*, describing the UN Charter as the constitution of the international community. His general course in The Hague maintain this position: "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit internationale*, 250, 1994, 258 and ff. On similar lines are, among the most important authors: C. Tomuschat, "Obligations Arising for States without or against Their Will", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 241, 1993, 195; J. Frowein, "Reactions by not directly affected States to breaches of public international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 248, 1994, 345; J. Klabbers, A. Peters & G. Ulfstein, *The Constitutionnalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; E. De Wet, "The International Constitutional Order", *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 2006, 51–76. The same type of approach can be found in the analysis of European Law: see in particular A. von Bogdandy, J. Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 2nd edn., Oxford, Hart Publ., 2009. Bardo Fassbender distinguishes three currents in the doctrine of the international constitution: Verdross and his School, the New Haven School and the Doctrine of International Community (starting with Hermann Mosler and continued by Christian Tomuschat). See "The United Nations Charter as the Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, 1988, 529 and "Rediscovering a Forgotten Constitution: Notes on the Place of the UN Charter in the International Legal Order", in J.L. Dunoff & J.P. Trachtman, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2009, 133.

[11] F. Tönnies, *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure (1887)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010. The distinction was also foundational in René-Jean Dupuy's reflection on the "international community". See for instance, *L'Humanité dans l'imaginaire des Nations*, Paris, Julliard, 1991, 98: "'Communauté' et 'société internationale', ces deux expressions, couramment utilisées indifféremment comme des synonymes, recouvrent des notions distinctes. Toute société suppose une communauté de base. En revanche, la communauté n'est pas nécessairement organisée en société. [...] La vieille distinction de Toennis entre communauté et société *(Gemeinschaft und Gesellschaft)* est ici parfaitement applicable."

Georges Scelle relies on another distinction, contemporary of Tönnies' and which is partly but not totally overlapping, namely Durkheim's distinction between two types of solidarities: solidarity by similarities (or "mechanical solidarity"), and solidarity arising from the division of social labour (or "organic solidarity").[12] To a certain extent, solidarity by similarities is consonant with Tönnies's concept of community existing in even "primitive" human groups, whereas solidarity through division of social labour only takes place in more evolved social groupings, called societies by Tönnies. Tönnies' and Durkheim's descriptions and theories of the evolution of any human groupings are more or less the same: "primitive" human groups are unified by strong beliefs in common values, as well as by traditions, which are habits turned into rules. In such communities, individuals are tied by similarities. As social and economic activities develop, a social division of labour takes place, differentiating between individuals who become more aware of their particularities and thus less inclined to unquestionably abide to the common rules as dictated by "the conscience of community". Society is primarily driven by interests, including common interests, whereas community is driven by values. The main difference between Tönnies and Durkheim is that Tönnies remains within the ambit of an idealistic view of history, inherited from Marx: he sees the evolution from community to society as a linear and inevitable movement of modern history, progressively leading to fragmented and conflicting societies. By contrast, Durkheim's views tend to be much more realistic and do not rely on a teleological view of history: the evolution towards society does not preclude the survival of community values, even though their influence tends to diminish. Society remains a natural but not mechanical phenomenon.[13] Any evolved human grouping is characterized by a tension between the two types of solidarities. Society and community coexist at each time in different ways and at different levels and in the end it is a mixture of interests and values that keeps the society tied together.

One implicit point of agreement between the communitarian school and Scelle, is that at the international level, the evolution takes exactly the reverse path: in other words, society precedes community.[14] Those human groupings that

---

[12] E. Durkheim, *De la division du travail social (1930)*, 7th edn., Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

[13] See Emile Durkheim's note on Tönnies' book: "Communauté et société selon Tönnies", *Revue philosophique*, 27, 1889, 416–422, in E. Durkheim, *Textes I. Eléments d'une théorie sociale*, Paris, Ed. de Minuit (coll. « Le sens commun »), 1975, 383–390. On this debate, see S. Paugam, "Durkheim et le lien social", in E. Durkheim, *De la division du travail social* (*1930*), Paris, Presses Universitaires de France (coll. Quadrige "Grands textes"), 1990, 8–10, also mentioning the position taken by Raymond Aron.

[14] See however René-Jean Dupuy's interpretation who tends to associate the concept of Society with institutionalization: R.-J. Dupuy, *L'Humanité dans l'imaginaire des Nations*, 98–99: "La société est non plus un fait spontané, mais le fruit d'un vouloir délibéré, rationalisé et définissant un ordre légal. Elle se concrétise dans l'organisation

emerge as sovereign states in the beginning of the 16th century were precisely born on the rejection of common values, and in particular of common religion. *Cujus regio, ejus religio* was the key to peace among European nations. Tolerance, in international law, meant the right to non-interference in domestic affairs. Thus the society of states that takes its rise from that moment is not and cannot be a community: its rules are based on the idea of minimum relations to regulate their coexistence in war and peace. It is only in its most recent history from the end of the 19th century that the idea that *values* should innerve the content of international law took a second breath. This was concretized progressively through the hardships of the two world wars and based on the experience of globalization which gave a growing sense of interdependence and of common destiny. Thus international society was first a society based on the division of social labour, and it was only at a certain stage of its evolution that a solidarity based on similarities emerged. One clear symptom of this can be seen through the evolution of the concept of a crime in international law. Durkheim's point of departure in the analysis of the two types of solidarity is to show that criminal law is the *first type of legal norm* to appear in any human grouping, as the most immediate and basic expression of a solidarity within the group based on similarities. Conversely, the weight of criminal law tends to diminish in more evolved social settings, and other branches of law, like civil law and commercial law tend to develop in order to regulate the phenomenon associated with the division of labour. As far as international law is concerned, criminal law only emerged as a legal category in positive law in recent times—starting with the trials of Nuremberg and Tokyo after World War II. This late appearance of criminal law as a branch of international law clearly demonstrates that there was an international society before an international community finally took shape.[15]

The fundamental divergence between Scelle and the communitarian school lies in the fact that the latter associates the concept of a constitution with the idea of community. In other words, in the perspective of Verdross and his successors, a constitution can only come into force with the formation of the international community, understood as a human grouping which is tied together not only by common interests, but also by common values. For the neo-Verdrossian authors

---

internationale. Cette société organisée pourra, à son tour, agir sur la communauté de base et la consolider".

[15] Pierre-Marie Dupuy follows this line of reasoning when he shows that the "International Community" as integrated in positive international law is essentially a fiction which has a dynamic effect on the development of the International Society and of International Law. The fiction works as a Pure Idea of Reason in Kant's philosophy, Dupuy, *Cours général*, 268: "Qu'est-ce, en droit, que la 'communauté internationale dans son ensemble'? C'est la fiction juridique d'une solidarité universelle affirmée a priori, pour inciter les Etats à agir comme s'il était avéré qu'elle existe vraiment: le droit, et la technique de la fiction dont il a la maîtrise, comme instrument de formalisation du projet philosophique proposé aux nations, ainsi unies".

like Simma or Tomuschat, a constitution means universal legal values and sufficiently developed institutions that are able to implement those legal values.

Conversely, Georges Scelle sees the constitution as an inherent feature of any legal order, which itself is the natural consequence of the coming into being of a society. According to Scelle, solidarity decreases in intensity as its range expands and similarities become less obvious. But still, world solidarity does exist in international society, and like in every society social functions have to be fulfilled. Rules relating to the fulfilment of social functions form the essential part of constitutional law and, says Scelle, no society can persist without them.[16]

In other words, Scelle's constitution does not come at the end of a process of evolution for international society when States tend to form an international community based on common values and institutions.[17] It is there right from the beginning, from the moment a minimal society is formed and exchanges take place between nationals of different countries. The constitution is not a project, it is a reality. And this leads us to the second important distinction.

---

[16] See Scelle, *Précis de droit des gens*, Vol. 1, 51 : "Il est aujourd'hui indiscutable que le fait juridique intersocial est mondial : que des relations sociales existent en puissance entre tous les habitants de la terre, et que les échanges de produits, de services et d'idées s'entrecroisent comme un réseau sur l'ensemble de la planète. Cette solidarité mondiale est nécessairement la plus diffuse et la plus lâche, car cette solidarité diminue d'intensité à mesure que son aire s'élargit, par l'affaiblissement des similitudes. Mais dans toutes ces sociétés interétatiques, les fonctions sociales doivent être et *sont remplies*: la règle de droit est exprimée; les compétences conférées; les situations juridiques réalisées; leur régularité constatée, leur effectivité assurée . . ." And Scelle, *Précis de droit des gens*, Vol. 2, 7: "Toute collectivité intersociale, y compris la communauté universelle du Droit des Gens repose, comme les collectivités mieux intégrées et notamment les collectivités étatiques, sur un ensemble de règles constitutives essentielles à leur existence, à leur durée, à leur progrès. Là même où ces collectivités paraissent avoir l'organisation la plus rudimentaire, où les normes fondamentales semblent les plus indécises et où les institutions paraissent inexistantes, une *constitution* au sens large, mais au sens juridique, ne s'en révèle pas moins. Elle est apparente dans les systèmes super-étatiques ou fédératifs et dans les systèmes extra-étatiques. Elle l'est moins dans les systèmes interétatiques où le droit classique voyait les phénomènes internationaux typiques;—elle ne peut pas cependant ne pas s'y rencontrer".

[17] One can trace a parallel with the debate—in the context of the European Union—on the "no demos" thesis, i.e. the thesis according to which there can be no federal democracy at the level of the EU—and thus no constitution—because there is nothing such as a "European People". This thesis is brilliantly deconstructed by Robert Schütze, *European Constitutional Law*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2012, 71–74, who shows it is based on "three constitutional denials" which are all "false problems" created by a "wrong constitutional theory", i.e., the "Europe's statist tradition". See also, L. Lourme, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme?*, Paris, Vrin, 2012, 57.

1.2. *The Constitution as a Phenomenon*

Depending on the definition one gives to the concept of a constitution, the International Constitution can be understood either as a phenomenon or as an idea of reason. Its content can be very demanding, corresponding to what one might call a "thick" concept of a constitution, described as follow by Samantha Besson:

> a superior legal norm that is usually but not always laid down in written document and adopted according to a specific procedure (1) that constitutes and defines the powers of the main organs of the different branches of government (2) and that is in principle protected through specific revision rules against modification by ulterior legislation, over which it therefore has priority (3).[18]

In other words, this concept of a constitution is one of "constitutionalism" as a political and legal doctrine, reflecting the ideal of a democratic constitution and of the rule of law, as these ideas were developed from the end of the 18th century in the western world.

The International Constitution, in this regard, appears much more as a distant goal than as a reality. In this vein, the concept of a constitution fulfils two functions: heuristic, in the sense that it allows us to build a different understanding of international law from the more classical one; but also dynamic, as it identifies an aim of the evolution of the interstate society, an aim which, once declared, is to be pursued by social actors. The more recent discourse on the constitutionalization of international law follows the same logic. In his introductory chapter to a book on the *Constitutionalization of International Law*, Jan Klabbers defines the intent of the authors as follow: "[o]ur aim is to see what a constitutional international legal order could look like". This approach thus situates itself "somewhere in between the strictly normative [...] and the strictly descriptive".[19] In this context, the concept of a constitution is often used as a benchmark to evaluate the degree of evolution of a legal order. Authors would *compare* the current state of international law with the Idea of Constitution as understood by constitutionalist thinking.

Partly normative, partly heuristic, the concept of a constitution thus appears as a regulatory idea, a project to be pursued but never reached.

As we have already seen, Scelle's position is totally different: he does not conceive of the constitution as an idea, but as a reality, as a phenomenon that can be known through the analysis of positive law—and thus present since international law came into existence.[20] In other words, the concept of a constitution is

---

[18] S. Besson, "Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy", in Dunoff & Trachtman, *Ruling the World?*, 386.

[19] J. Klabbers, "Setting the scene", in Klabbers, Peters & Ulfstein, *Constitutionnalization*, 4.

[20] It should be noticed that Verdross, while closely linking the notion of an International Constitution to the idea of an international community, also asserts that the constitution is a *reality* (in 1929). See the quotation in the footnote no. 10 above.

inherent in the phenomenon of law—it is immanent and not transcendent. If a constitution exists as soon as legal norms emerge in a society, it can only be the "thin" concept of a constitution. Again, following Samantha Besson:

> The thin constitution is an ensemble of secondary rules that organize the law-making institutions and processes in a given legal order. Any autonomous legal order entail a thin constitution.[21]

This perfectly matches Georges Scelle's definition of the constitution as a legal instrument that contain rules and principles having primacy over other rules, regulating the devolution and the exercise of power and organizing the implementation of social functions in a given society. There is no mention of such sophisticated ideas, such as the separation of powers or the rule of law. In other words, Scelle's constitution is not constitutionalist. It gives up all the complex apparatus developed to make the constitution a tool for the preservation and the development of human freedom. Does this mean that Scelle's conception totally omits the question of freedom? Certainly not. But freedom is not central to Scelle's construction, something that we will discuss later on, as it is, in my opinion, the main difficulty of Scelle's conception.

1.3. *The International Constitution as a Process*

A third issue is to know whether the constitution can be localized in a written document, or whether it is mainly composed of unwritten rules which may, or may not, be codified in a written document. Most of the constitutionalist authors would follow Verdross' proposal that the UN Charter has become the constitution of the international community. They would tend to perceive it as a "constitutional moment" in the history of humanity. This is not to deny that there has ever been any "constitutional principles" before the UN Charter. But broadly speaking, the relationship between international constitutional principles and the International Constitution is thought of in the same way the French revolutionnaire thought of the relationship between the Kingdom Laws (*Lois du Royaume*) and the 1791 Constitution. The *Ancien Régime* certainly had constitutional laws, but not a constitution, because those laws were conceived as having their source in nature, or God's command rather than in History. Those laws were a legacy, not a novation.

---

[21] S. Besson, "Whose Constitution(s)?", 385. See also, in the same volume, the contribution by B. Fassbender, "Rediscovering a Forgotten Constitution", 139, describing his ideal type of the constitution: "A constitution is a set of fundamental norms about the organization and performance of governmental functions in a community, and the relationship between the government and those who are governed. It shall, in principle, for an indefinite period of time, provide a legal frame, as well as guiding principles for the political life of a community."

According to this position, a constitution is the result of an act of will, and not of a spontaneous and continuous process. The legal constitution is the expression of the values of a community, but it also represents a particular moment in history: there is a *before* and an *after*. The constitution also has an institutional dimension. It is not merely normative. The constitution means new international organs and a reasoned and voluntary distribution of competences between them, in order to try to manage a certain balance of powers.

One comes back to the idea of a constitution as an idea of reason and the *thick* concept of the constitution, but also a constitution as a political technology, rather than as a legal technique.

The second position sees the constitution essentially as an unwritten body of rules. This does not exclude that certain constitutional rules are established by treaty. But the core constitution is of a customary nature. Two elements should be underscored.

First, the constitution is the result of a process and not of a decision. There may be a text, adopted at a certain moment in time, that would integrate a number of constitutional rules in a single document. But such a text does not prevent the constitution from evolving. Philip Allott's theory of the "three constitutions of society" is consonant to this approach. According to Allott, "the constitution is three constitutions in one—the legal, the real, the ideal":

> The *legal constitution* is the constitution as law, a structure and a system of retained acts of will. Retained acts of will which are concerned with the distribution and use of social power are carried in the legal constitution. [...] The *real constitution* is the constitution as it is actualized in the current social progress, a structure and a system of power. It is the constitution as it takes effect in the present-here-and-now, as actual persons exercise the social power made available by the legal constitution to realize the possibilities of the ideal constitution [...] The *ideal constitution* is the constitution as it presents to society an idea of what society might be. [...] In the ideal constitution, society conceives of its other selves, possible selves which conform to the idea of itself as society. In willing, society chooses to make an actual self out of one of its possible selves. Its possible selves are possibilities inherent in the legal constitution and the real constitution.[22]

A second important dimension of this position is that the constitution does not necessarily include an institutional dimension: there may be a constitution without any specific bodies to implement it. The constitution may simply distribute the competences between individuals or pre-existing collective bodies. There is no need for separation of powers or even a balance of powers so that "power stops power". Once again, this conception brings with it a *thin* definition of a constitution.

---

[22] P. Allott, *Eunomia, New Order for a New World*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1990, 134–136.

Of course, the solution to that problem is the best known part of Georges Scelle's work: the *dédoublement fonctionnel*. Scelle shows that a legal order may prosper without any specific organs of its own. The social functions are nonetheless implemented because the "inorganic society" "borrows" its governing personnel from the "organic societies"—that is, in the case of international law, from national societies.[23] The legislative, judicial and executive functions *are effectively* implemented, but this does not mean that one can identify any specific legislative, judicial or executive organs.

1.4. *A Critique of George Scelle's Theory*

Georges Scelle leads us to an alternative concept of the international constitution which is, in my view, potentially very fruitful. It allows us to conceive of a constitution not as the expression of a community—as opposed to a society—but as a mere legal technique. From this point of view, the constitution needs not be seen as an idea of reason—a kind of sophisticated ideal when applied to international law—but as a phenomenon inherent in any society. Any society, as elementary and loose as it may be, generates legal norms; and any legal order includes a constitution. And finally, Scelles' concept of the constitution allows us to better situate the phenomenon of a constitution in time, as it shows that a constitution is not a single written document adopted at a certain moment in time (Philip Allott's *legal constitution*), but a constant process which is being actualized at every moment (the *real constitution*) as a result of the evolution of society and the evolution of how society sees itself (the *ideal constitution*).

However, Georges Scelle's conception of the constitution is also, in other aspects, problematic. This is what I would like to focus on here with a view to finding ways to cure these problems so as to be able to reconstruct the concept of the international constitution starting from Scelle's theory. The main problem with the theory is that it fails to explain properly the link between freedom and constraint.

According to Scelle, positive law is the product of the encounter between social fact and power. In other words, power does not create law, it only "takes note" of a rule which is already established at the level of society—what Scelle calls "objective law".

Such a conception meets two obstacles. The first is that Scelle admits that power has a will of its own and may at times, far from "taking note" of objective law, deviate from it. He comes to the conclusion that in these cases, positive law reveals itself to be "anti-legal" (*anti-juridique*). This is often perceived as one of the main weaknesses of Scelle's theory: a new dualism at the very heart of monist

[23] Scelle, *Précis de droit des gens*, Vol. 2, 12.

theory, between "positive law" and "objective law", with the latter being used as a benchmark to judge the former.

The second obstacle lies in the fact that Scelle does not explain practically how power is supposed to take note of social fact and even why power should take note of social fact in the first place. Power is itself a product of the division of labour: the individuals who fulfil governmental functions are the most powerful.[24] It is thus difficult to understand why the most powerful individuals, being in office, could be incited or even forced to take into account the social fact. According to Scelle, this is precisely the function of the constitution to organize this coincidence.[25] But at the same time he demonstrates the priority of facticity against both legitimacy and validity: a legitimate power, Scelle argues, ceases to be a legal power, from the moment that it is not a factual power anymore.[26] Finally, Scelle's construction lies on an unstable foundation: the rulers' morals.[27] The rulers have to be wise enough not to use their power in contravention of objective law. It is easy to see that there is no guarantee at all that they would do so. To the contrary, following Montesquieu's wise remark—"tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser"—it seems quite obvious that the rulers, once in place, will tend to try to find ways to stay in power and to impose their own will, even if at some point it runs counter to the solidarity needs of society. There is a strong chance that the government will enact "anti-legal" laws. And what then is the remedy against such a situation? Scelle admits that there is only one: revolution.[28]

The difficulties of Scelle's doctrine can be traced to the dual systematic link that he establishes between *validity and legitimacy* on the one hand, and *facticity and validity* on the other hand. Scelle insists on their convergence, on the necessary "*concordance*" between force, law and legitimacy. But he does not explain how exactly this *concordance* can happen. On the contrary, by recognizing the priority

---

[24] Scelle, *Précis de droit des gens*, Vol. 1, 23: "Les gouvernants qui exercent ou contrôlent l'exercice des fonctions publiques sont en fait les individus qui détiennent les forces matérielles: les armes, la richesse ou le nombre".

[25] *Ibid.*: "Les constitutions ont pour but, qu'elles soient écrites ou coutumières, de constater et d'organiser cette concordance".

[26] *Ibid.*, 23–24: "[l]e pouvoir dit *légitime* ne le demeure, ne reste un gouvernement de *droit*, que tant qu'il dispose de la force nécessaire à accomplir les fonctions sociales. *Lorsque son efficacité disparaît, il ne possède plus de titres juridiques. Il cesse d'être gouvernement de droit dès l'instant qu'il n'est plus gouvernement de fait*. Il est alors du devoir de ceux qui détiennent la force de prendre en main l'exercice des fonctions publiques. *Leurs titres juridiques sont dans l'efficacité de leur action*, dans sa conformité avec la solidarité sociale".

[27] *Ibid.*, 24: "Arrivés à ce point limite, il faut bien constater que dans une société déterminée la soumission du pouvoir à la règle de droit est une question d'équilibre de forces et de moralité gouvernementale".

[28] *Ibid.*, 5: "La discordance entre le droit objectif ou naturel et le droit positif peut alors engendrer des ruptures de solidarité qui se traduisent par des révolutions".

of power over law and social fact, he seems to admit that divergence will be the rule, rather than the exception. Divergence between validity and legitimacy: this is what Scelle calls "anti-legal law"—a piece of legislation that is formally law, but which is in fact the product of an arbitrary exercise of power. Divergence between facticity and validity: that happens when the rulers use illegal means (contrary to positive, valid law) to govern in the name of solidarity needs which provide a source of legitimacy for power against law.

It is thus clear that the problem that needs to be solved lies in the relationship between these three components of power: facticity, legitimacy and validity. A model must be found that keeps their relative autonomy, instead of insisting on their necessary convergence and of denouncing as contrary to "objective law" situations where this convergence does not happen—a position which in fact brings us back to a natural law type of reasoning. A concept of the constitution should be found that allows us to cover all the types of relations between those three components without excluding any in an aprioristic manner, while making it possible to figure out how convergence can be achieved. My submission is that a democratic theory of international law allows us to find the solution.

2. A theory of the International Constitution Based on a Democratic Theory of International Law

The missing element in Scelle's theory is freedom. This is not to say that Scelle ignores *freedoms*, as part of the International Constitution. He dedicates a whole chapter to the question of freedoms and clearly makes them an integral part of international constitutional law. But he doesn't see *freedom* as a founding principle of the Constitution, only as an object of the Constitution. The clear reason for this, of course, is that he does not believe that an abstract freedom exists as such. Scelle's sociological conception generally rejects all abstracts ideas and transcendental concepts. Freedom, like sovereignty, is one of those transcendental concepts. My intention is not to bring back freedom as an idea of pure reason to the foundation of law. I totally adhere to Scelle's belief that scientific knowledge should be rooted in social fact. To this regard, I have argued in an earlier article that Jürgen Habermas' theory of communicative action has made it possible to reconstruct Kant's theory of morals and law while taking into account the objectivist turn of the social sciences.[29] Kant's central concept of freedom as autonomy is kept, but autonomy is no longer understood as a legislative activity

[29] O. de Frouville, "Une conception démocratique du droit international", *Revue européenne de Sciences Sociales (Cahiers Vilfredo Pareto)*, XXXIX, 120, 2001, 101–104, available at: http://ress.revues.org/659.

of the self through practical reason, but as the product of the social practice of communication.[30]

Autonomy does not mean that each subject should consent to the rules so that they acquire legal validity and become enforceable including through the use of force, but instead that each one should be able to think of herself *as if she was* the author of the rule and not only the subject of the rule.[31] Such a conception brings us very near to Georges Scelle, except on one crucial point: it puts itself in the position of reconciling normativist and objectivist theories, by finding a correct balance between facticity, validity and legitimacy.[32] The practice of discussion becomes the social medium through which constraint and social fact can be reconciled. In other words, a proper use of discussion in society leads to the enactment of legal rules enforceable by public constraint which, at the same time, may claim to be legitimate because they reflect social fact.

Following that path, I have identified a "democratic conception of international law" which is normative in its content, in the sense that it prescribes a certain type of evolution of the international legal order, from the international law of the society of sovereign states to the cosmopolitan law of the universal human society.[33] In contrast, I have tried to build a democratic theory of international law which is non-normative in nature. Its goal is not to *prescribe* a particular evolution of the international legal order, but rather to *describe* that evolution. It does so through a lens which is not the one still widely used today, namely the Westphalian theory of international law. It does so on the assumption that

---

[30] Thus, from now on, when I use freedom, I mean by this word not the transcendental Idea of Pure Reason, but autonomy as realized *through the social practice of discussion*.

[31] This principle of autonomy as self-legislation was originally crafted by Rousseau. Kelsen acutely summarizes the idea as follows: "The problem of political freedom is: How is it possible to be subject to a social order and still be free? Thus, Rousseau has formulated the question to which democracy is the answer. A subject is politically free insofar as his individual will is in harmony with the "collective" (or "general") will expressed in the social order. Such harmony of the "collective" and the individual will is guaranteed only if the social order is created by the individuals whose behaviour it regulates. Social order means determination of the will of the individual. Political freedom, that is, freedom under social order, is self-determination of the individual by participating in the creation of the social order. Political freedom is Freedom, and Freedom is autonomy." H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge Mass., Harvard University Press, reprinted by The Lawbook Exchange, Ltd, 2007, 285.

[32] See J. Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 1996, 6–7: "Tossed to and fro between facticity and validity, political theory and legal theory today are disintegrating into camps that hardly have anything more to say to one another. The tension between normative approaches, which are constantly in danger of losing contact with social reality, and objectivistic approaches, which screen out all normative aspects, can be taken as a caveat against fixating on one disciplinary point of view. [. . .] Here my concern is to work out a reconstructive approach that encompasses two perspectives: the sociology of law and the philosophy of justice."

[33] de Frouville, "Conception démocratique".

law cannot be separated in its very essence from freedom. Central to the theory is Kant's argument that law is based on autonomy and aims at the preservation and reconciliation of the freedom of each individual with the freedom of all. It does not mean that law *should* or *must* preserve freedom, but that freedom is a necessary concept to understanding law as a phenomenon.

Starting from this conception, a constitution, like any legal phenomenon, must be understood as being closely related to freedom. A constitution is, as we have said above, fundamentally a group of norms organising the attribution and exercise of power within society, in particular by setting rules on how basic social functions are fulfilled. Seen from the other side, a constitution aims at determining how and how far individuals in a given society can exercise their freedoms. In other words, every constitution is a constitution of freedom, not in the sense that it *institutes freedom*, but in the sense that all constitutional rules fundamentally aim at regulating freedoms in a society. Freedom, understood as a social practice, is the key to understanding how a constitution balances facticity, validity and legitimacy. Freedom refers us to two sets of concepts which, when combined together, reflect the entire diversity of constitutional experiences. Those two sets of concepts are autocracy and democracy at the level of constitutional theory; and anarchy and the federal state at the level of international legal theory. Kant's cosmopolitanism will give us the key to relate the two sets of concept and thus establish the concept of an International Constitution under a democratic theory of international law.

2.1. *Between Autocracy and Democracy*

The first set of concepts relate to constitutional theory. Hans Kelsen is certainly the author who best characterized the concept of the constitution in relation to the idea of freedom. Kelsen rightly saw that "[t]he central problem of a political theory is the classification of governments. From a juristic point of view, it is the distinction between different archetypes of constitutions".[34] The classification of forms of state has indeed been one of the main tasks of political philosophy since Plato. Kelsen recalled that "the political theory of Antiquity distinguished three forms of State: monarchy, aristocracy, and democracy". To this trichotomy, Kelsen substitutes a dichotomy differentiating between "two types of constitutions: democracy and autocracy." And he adds that "[t]his distinction is based on the idea of political freedom".[35] Kelsen's theory of the constitution based on political freedom constitutes the missing part of Scelle's doctrine:

> Politically free is he who is subject to a legal order in the creation of which he participates. An individual is free if what he "ought to" do according to the social order

[34] Kelsen, *General Theory of Law and State*, 283.
[35] *Ibid.*, 284.

> coincides with what he "wills to" do. Democracy means that the "will" which is represented in the legal order of the State is identical with the wills of the subjects. Its opposite is the bondage of autocracy. There the subjects are excluded from the creation of the legal order, and harmony between the order and their wills is in no way guaranteed.[36]

Here the relationship between facticity, validity and legitimacy is well explained. In a democracy, the three components are perfectly in line, in the sense that the legal (valid) rule is legitimate (because in harmony with the will of the subjects), and not only binding but enforceable (facticity). By contrast, in an autocracy facticity prevails over validity (the government can act in an illegal manner) and the link between validity and legitimacy is broken (valid laws are not legitimate, because they are not in harmony with the wills of the subjects). Translated into more Habermassian terms it means that the democratic constitution guarantees and permits the full exercise of communicative freedoms, so that subjects can also think of themselves as if they were the authors of the rules, thus making legal constraint legitimate. The autocratic constitution is characterized by the limitation or the suppression of communicative freedoms, reducing as far as possible the public space for discussion, and thus preventing the process of the legitimization of legal rules and transforming constraint into an arbitrary use of violence by those possessing force.

Autocracy and democracy are schemata under the pure idea of the constitution or, as Kelsen puts it in a more Weberian fashion, ideal types:

> In political reality, there is no State conforming completely with one or the other ideal type. Every State represents a mixture of elements of both types, so that some communities are closer to the one, some closer to the other pole. Between the two extremes, there is a multitude of intermediate stages, most of which have no specific designation. According to the usual terminology, a State is called a democracy if the democratic principle prevails in its organization; and a State is called an autocracy if the autocratic principle prevails.[37]

All constitutions that exist can be characterised using this set of concepts—autocracy and democracy.[38] The International Constitution is no exception to that rule. When we look at the International Constitution and try to understand its nature we can refer to these concepts and try to determine whether it is rather an autocratic constitution or a democratic constitution.

---

[36] *Ibid.*

[37] *Ibid.*

[38] I would tend however to follow Hannah Arendt by saying that the only exception would be the constitution of the totalitarian state. Arendt shows that the constitutions of totalitarian states cannot be assimilated into what we understand as autocracy. In *The origins of Totalitarism*, Part III, she highlights that if autocracy means the limitation of freedom, it never goes as far as totally abolishing freedoms. The principle of autocracy is *arbitrary power*, the principle of totalitarian power is *terror*.

But this alone is not enough because the international Constitution is not only a constitution; it is also an *international* constitution. This is where the second set of concepts comes in.

2.2. *Between Anarchy and the Federal State*

The second set of concepts comes from international legal theory and more specifically from the Kantian/cosmopolitan theory of international law. Freedom, at the level of states, is not only about the freedoms of individuals but also the freedom of States as collective entities. And it is clear—from the very beginnings of modern international law—that the former is closely linked to the latter, that is: the freedom of states has always been understood as being the condition for the freedom of individuals. In other words, there can be no freedom of individuals subject to foreign domination. Thus, for the state as considered in the society of sovereign states, the road from absolute freedom to the deprivation of freedom is not the one that goes from democracy to autocracy, but instead the one that goes from anarchy to the federal state. The state of anarchy in the society of sovereign states is a state of absolute freedom for states: there is no superior authority and states are perfectly autonomous. In the federal state, by contrast, states lose their "sovereignty", that is their autonomy, and submit themselves to a bond.

In Kant's philosophy, the road from anarchy to the federal state is considered from a normative perspective: it is a duty imposed by reason that states should leave the state of nature so as to put an end to *all wars* and establish peace. As is well known, Kant contemplates the possibility of a world federal state,[39] but ultimately resists the idea, apparently convinced by a realist argument. Of course the world federal state remains an idea of pure reason and one should work tirelessly to achieve it *as if* it were possible, although it may not be. The only thing that can be achieved for certain is not anarchy or the world federal state, but, submits Kant, a "federation of free states".[40] This expression takes the form of an antinomy: there can be no institution that is at the same time both a federal state (abolishing the sovereignties of the states to the benefit of the federal state) and what is usually called a *confederation* (in which states keep their sovereignty but transfer a number of competences to common organs). It must be one or the other. What Kant must mean by that is that the institution to be created is something in between the federal state and the confederation. It is, in fact, a *process*

---

[39] I. Kant, "Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose", in H.S. Reiss (ed.), *Kant: Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, Seventh Proposition, 47.

[40] See "On the Common Saying: 'This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice'", in Reiss (ed.), *Political Writings*, 90, 92; and the Second Definitive Article of a Perpetual Peace: "The Rights of Nations shall be based on a Federation of Free States", "Perpetual Peace. A Philosophical Sketch", in Reiss (ed.), *Political Writings,* 102–105 passim.

rather than a fixed institution. It is a process that starts from the society of sovereign states (a state of anarchy) and tends to the model of the world federal state without ever reaching it. The European Union is, of course, the example which is most commonly cited to illustrate this Kantian idea of the "federation of free states"—being neither a classic "international organization" nor a federal state, but which combines characteristics of the two types to form an original and constantly evolving institution.[41] Theories of the Federation have been elaborated on this basis following two distinct traditions: the objectivist tradition on the one hand, with Hans Kelsen and Georges Scelle;[42] and the organicist schmittian tradition.[43] Despite their radical differences, both comes to the conclusion that the traditional dichotomy between the federal state and the confederation is not satisfactory, as the reality of constitutional experiences offer no examples of such types. What separates the federal state from the confederation is only a difference of degree, not of nature. And most of the constitutional arrangements which aims at conciliating the freedom of component states with a strong centralized power

---

[41] See for instance the thorough analysis by S. Oeter, "Federalism and Democracy", in A. von Bogdandy, J. Bast, *Principles of European Constitutional Law*, Cambridge, Hart, 2009, 55, part. 80: "The united Europe of the European Union will not be a federal state in the classical sense for quite some time, but will remain a treaty-based hybrid—a mixed system that will gradually develop more federal characteristics and at the same time keep some traits of an arrangement of international co-operation." See also, on the classification of the European Union as a Federal Union: Schütze, *European Constitutional Law*, 47 and ff.

[42] Kelsen, *General Theory of Law and State*, 316: "Only the degree of decentralization distinguishes a unitary State divided into autonomous provinces from a federal State. And as the federal State is distinguished from a unitary State, so is an international confederacy of States distinguished from a federal State by a higher degree of decentralization only. On the scale of decentralization, the federal State stands between the unitary State and an international union of States." Scelle, *Précis de droit des gens*, Vol. 1, see Ch. III, in part. 200: "Il n'y a pas une, mais plusieurs formes d'Etat fédéral : aucune ne peut être considérée comme la forme type exclusive. L'Etat fédéral n'est lui-même que l'intégration la plus poussée du fédéralisme, mais en étudiant le droit positif, on s'aperçoit que ce n'est pas toujours dans l'Etat fédéral que le génie du fédéralisme est le mieux respecté, ni l'indépendance des collectivités fédéralisées la mieux assurée". See also Section IV about the "League of Nations as a federal organization". On similar lines is Hersch Lauterpacht in his brilliant conference on "Sovereignty and Federation in International Law", in H. Lauterpacht, *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Vol. III, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, 5–25, part. the conclusions at 25: "The ultimate rational solution of the problem of international organization will be hastened—and this may be submitted as a summary of the conclusions of this lecture—by the acceptance of the view that the differences between the typical forms of unions of States are to a large extent a matter of degree [. . .]".

[43] Schmitt's theory of the Federation can be found in his *Constitutional Theory*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993. This aspect of Schmitt's theory is the subject of Olivier Beaud thorough analysis, *Théorie de la Fédération*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

can be subsumed under the unique concept of *federation*, a concept which corresponds to Kant's "federation of free states".

2.3. *Synthesis: The Definition of the Constitution*

Kant's cosmopolitan perspective not only allows us to understand the nature of the constitution as perceived from the point of view of the society of sovereign states, it is also the key to joining the states perspective with that of the individuals. Kant's Second Definitive Article of a Perpetual Peace—which prescribes a federation of free states—is inseparable from the First Definitive Article—according to which "the Civil Constitution of Every State shall be Republican".[44] The state of peace inside the states is conditioned by those states having a republican constitution (that is what we would call today a "democratic" constitution). But this state of peace is unstable and uncertain whilst the society of states is still in a state of anarchy. Only by submitting themselves to a republican constitution can states establish a lasting state of peace.[45] There can be no democracy without peace, and no peace without democracy. In other words, the harmony between facticity, validity and legitimacy inside a state is precarious until this harmony is also established between the states.

Kant's doctrine is, as we said, normative in the sense that the establishment of a democratic federation of free states is a requirement of reason. But we can still use this model in a non-normative, purely descriptive way. Under anarchy, states maintain their full autonomy. The society of sovereign states is a "democratic" society of states—in that they are all equally sovereign. Conversely, in the federal state, the states lose their freedom: it is a state of heteronomy/autocracy, as the law of each state is subject to federal law. The only autonomy that states retain is by virtue of federal law which determines the competencies left to the components. But at the domestic level, this heteronomy (from the States' point of view) can lead the individuals to be submitted either to a state of autonomy/democracy or to state of heteronomy/autocracy, depending on the nature of the federal constitution. If the constitution of the federal state is democratic, then the individuals will find themselves in a state of autonomy; if it is autocratic, they will find themselves in a state of heteronomy. In other words, there is no synchrony between the two sets of concepts. The democracy of states (the society

---

[44] See Kant, "Perpetual Peace", 99.

[45] See "The Metaphysics of Morals. Metaphysical Elements of the Theory of Right", in Reiss (ed.), *Political Writings, The Theory of Right*, Part II, para. 61: "Since the state of nature among nations (as among individual human beings) is a state which one ought to abandon in order to enter a state governed by law, all international rights, as well as all the external property of states such as can be acquired or preserved by war, are purely provisional until the state of nature has been abandoned. Only within the universal *union of states* (analogous to the union through which a nation becomes a state) can such rights and property acquire *peremptory* validity and a *true state of peace* be attained".

of sovereign states) may go with either an autocratic or a democratic rule on individuals. Similarly, a federal state does not automatically means that individuals will live in democracy, as the Federal Constitution may be of an autocratic type.

George Scelle does not say anything else, when he notes that the evolution of international law will inevitably lead to a growing institutionalization of the international order and will finally result either in a universal empire, or a world federation.[46]

3. An Overview of the Evolution of the International Constitution

We now have a concept of the international constitution that we can apply to positive international law. The aim of this theory—like any theory—is to create a system made up of concepts that helps us to understand reality. I think that the concept of the international constitution and the argument that there is and has always been an international constitution are useful when trying to understand international law. Of course, it is not possible in the limited framework of this article to examine thoroughly the present state of international law in the light of the theory of the international constitution. But we can at least try to draw some very broad conclusions on the evolution of international law.[47]

Clearly, the "Westphalian" or classical constitution of international law was the constitution of an anarchic and democratic society of sovereign states. The main constitutional principle from which all others derived was equal sovereignty. Among the major corollaries were the constitutional principles of exclusive territorial jurisdiction and of non-intervention. The aim was to preserve the states sovereign autonomy within their frontiers. The ultimate goal was the promotion of peoples' freedom through the medium of sovereignty. This Constitution was simple and remarkably stable. It remained almost untouched for nearly two centuries (between the middle of the 18th century and 1919). Today's International Constitution, by contrast, is complex and unstable. The Charter of the

---

[46] G. Scelle, "Quelques reflexions sur l'abolition de la compétence de guerre", *Revue Générale de Droit International Public*, LVIII, 1954, 22: "Dans une époque d'anarchie comme celle que nous vivons, le pouvoir n'est pas encore parvenu à s'intégrer au sein du féodalisme interétatique. Il est à la recherche d'un centre unique et faute de son établissement les règles éthiques les plus indispensables à la réalisation de l'ordre juridique international demeurent inefficaces. On sait qu'il n'est que deux remèdes possibles à cet état de choses dont nous n'avons effleuré qu'un aspect: l'Empire universel ou le Fédéralisme œcuménique. Nous assistons à la gestation de l'un ou de l'autre. Les époques révolutionnaires ne comportent aucune sécurité, même si les principes qu'elles dégagent sont une préfiguration de l'ordre juridique à venir."

[47] For a complementary—awaiting a more complete—account: O. de Frouville, "Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international", in S. Hennette-Vauchez & J.-M. Sorel, *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Brussels, Bruylant, 2011, 193–215, in part. 201–211.

United Nations has certainly become the main building block of the Constitution. It brings a number of important innovations, sometimes in continuity with the Covenant of the League of Nations, sometimes in rupture.[48] All of these should be studied thoroughly, but let me here present a very brief overview of these innovations:

- The shift from a concept of negative peace to a concept of positive peace: international law and international organizations are now entrusted with the task of creating the necessary conditions for a lasting peace, thus provoking a tremendous extension of the field of international law which rapidly overcomes the domain of the relations between states and progressively extends to all types of human activities.
- New rules conditioning the formation of States and government: whereas this field was left totally unregulated under the "Westphalian" Constitution, the principles of self-determination and respect for human rights tend to bring new conditions to the creation of a State and to the establishment of an effective government.
- Prohibition of the use of force for the settlement of disputes and creation of the Security Council invested with the right to use legitimate violence in order to maintain peace and security. This is of course a major shift in the allocation of power at the international level: the use of legitimate violence becomes a residual competence of states and is partly institutionalized.
- Proclamation of universal human rights, meaning first the guarantee of fundamental rights for individuals at the level of the federation and second the recognition of a democratic principle at all levels, including at the level of international organizations (the first Kantian Definitive Article: the Constitution of every State shall be Republican).
- Growing centralization of the fulfilment of social functions, whereas decentralization was the rule under the Westphalian Constitution.
- Establishment of a hierarchy of norms, with the Charter prevailing over all obligations of states under any other treaty (Article 103).
- Constitutional regulation of the relations with regional organizations (Articles 53–54).

This attempt to establish a global constitutional order through a written constitution is however facing major obstacles because no effective mechanism has been put in place to enforce the hierarchic principle set forth in the Charter. In fact, the International Constitution is fragmented. There is a *geographic fragmentation*

---

[48] See J. Crawford, "The Charter of the United Nations as a Constitution", in J. Crawford, *International Law as an Open System*, London, Cameron May, 2002, 123.

due to the fact that regional constitutional orders maintain a certain degree of autonomy. Each of the supposedly lower levels in the hierarchy have their own dynamic and no specific mechanism is provided for to ensure that the law and practices produced are in conformity with the constitutional and legislative principles at the universal level. It is clear that there is an effort made by judges to ensure complementarity and harmony, rather than multiply cases of duplication and conflict. However, in some extreme cases, the regional level may affirm its own principles in contradiction with the obligations set at the superior level—like in the *Kadi* case, where the Court of the European Union reproduced the "Solange" type of argumentation, putting the federal level in check.

Sectorial fragmentation is also apparent as sites of production of constitutional norms multiply outside the effective reach of the United Nations. Even within the UN System, there are a range of international organizations each with their own "constitution" (their constitutive treaty) and each developing constitutional principles in a more or less autonomous manner. It is true that coherence here is more or less maintained through self-regulatory mechanisms—a general sense of the communities of lawyers, diplomats and civil servants working with or in relation to those organizations that there should be a certain degree of coherence at the level of principles and rules and that the UN Charter is the ultimate reference when devising new rules or interpreting existing rules. Lack of coherence is more visible outside the UN system, particularly within organizations that developed separately or parallel to the UN like the economic organizations. The constitutions of those organizations do not even formally take into account the principles of the United Nations and may develop their own principles in isolation. Again, judges would try to minimise this "clinical isolation", but with obvious limits as long as they continue to consider themselves organs the constitution of their partial legal order rather than organs of the federation.

The contemporary Constitution thus appears relatively stable as far as its fundamental principles are concerned, but at the same time subject to a degree of instability because of its relative fragmentation. These difficulties are not exclusive to the International Constitution. Specific procedures aimed at ensuring the conformity of enacted rules to the constitution are a recent innovation in many countries. It is difficult to systematically ensure that principles and rules developed by all institutions within a state are in strict conformity with the constitution and it is even more so at the decentralized level or at the level of the states in a federal system. To those who would argue that there can be no international constitution because of these difficulties, we would answer by recalling that until very recently in France it was not possible to effectively sanction the non-conformity of an already adopted legislation with the Constitution. The only available remedy was the invocation of international legal principles having the same content as constitutional norms . . . Since the system of the *question prioritaire de constitutionnalité* (*Priority Preliminary Rulings on the issue of constitutionality*, best

known as the 'QPC') has been set up in 2010, its growing success has shown at least the uncertain state of conformity of many laws with the Constitution.[49]

It is also a fact that some geographic fragmentation may be permitted in certain cases to accommodate local peculiarities. Acting on a QPC, the *Conseil constitutionnel* has recently recognized the conformity to the French Constitution of the specific regime applied in Alsace-Moselle providing for the payment by the State of pastors, in clear contradiction with the general principle of secularism, provided by the first article of the Constitution. The *Conseil* has admitted that in declaring the principle of secularism, the authors of the Constitution had no intention of bringing into question this regime which dated back to the period of the French Consulate.[50]

The final question is where to situate the International Constitution in the light of the two sets of concepts we identified earlier? The principle of self-determination and the principle of respect for human rights, clearly confer on the International Constitution a federal and a democratic character. The system of collective security and the ability of the Security Council to decide on the use of force against a state also have a clear federal dimension. But at least two other elements tend to moderate this characterization.

a) First, the principle according to which all states must obey and implement the decisions of the Security Council gives an autocratic flavour to the Constitution. The Security Council appears to be an oligarchic type of organ. By reason of its discretionary power and in absence of any judicial control of its decisions, it may also intervene in fields and fulfil functions which do not fall in the purview of its initial attribution. Being initially entrusted with the exercise of certain executive powers within the field of the maintenance of international peace and security, the Security Council may overstep its mandate at will and act as a legislative or judicial body in all fields which are more or less loosely connected with the issue of peace and security. The Constitution does not realize democracy, but records the social fact of domination by a limited number of states. At the same time, this autocracy is not a tyranny and it may not even be a dictatorship. The Council is based on the idea of creating a balance between the most powerful states, in this sense it generally prevents unilateral power automatically prevailing and integrates ten additional states on a rotating basis to the deliberation. The main problem remains the veto power, which compromise the Council's efficiency and relative legitimacy. As long as the veto power is seen by the

---

[49] See the figures dated March 2013 on the *Conseil Constitutionnel*'s website; since the entry into force of the QPC in 2010, the *Conseil* has registered 1520 applications. It has taken 255 decisions on 297 applications, among which 137 decisions reached a conclusion of conformity, while the others concluded on the at least partial non conformity of the law to the Constitution.

[50] "Decision no. 2012–297, QPC, 21 February 2013", note by A. Macaya & M. Verpeaux, *La Semaine Juridique*, 15, 8 Apr. 2013, 426.

P5 as a necessary condition for the balance of power, the influence of the Council will remain limited. Another factor which reduces the autocratic nature of the Council's power is that it does not intervene in all fields of social life, but mainly in fields which have, as we said, a more or less loose link with issues of security. In other words, the Council will never play the role of a world dictator who would monopolize the three functions of government. The Council is comparable to a Minister of Interior who would have superior powers compared to the other ministers of the Government and who would be able to derogate at times to statutes in order to deal with specific cases or situations. But he will, for instance, rarely be directly involved in issues related to culture, health or economy . . . thus granting the "ministers" in charge of these areas a large degree of autonomy.

b) The second element which tends to moderate against the characterization of the Constitution as democratic and federal is, more generally, the weakness of existing international institutions. Certainly, it is not possible to say anymore that the international society is inorganic. There are today a great number of international institutions which play a fundamental role in the fulfilment of social functions at all levels. However, these institutions can rarely be said to be democratic. It is clear that the idea of representative democracy (like a world parliament or deliberative assemblies elected by citizens of the world) is clearly out of reach at this stage of the development of international law. The only options to be explored are deliberative democracy type of institutional arrangements allowing the effective participation in the processes of deliberation by a maximum number of stakeholders.[51] Another weakness of international institutions lies in their fragmentation and their limited powers. For instance, in the field of human rights, the galaxy of mechanisms and procedure at the universal and regional levels have a least the virtuous effect of obliging states to justify themselves, but their effectiveness still ultimately depends on the cooperation of states.

4. Conclusion

The International Constitution as it appears today reflects the reality of an international society caught between the search for efficiency and the quest for legitimacy.

---

[51] On the role of NGOs in coping with the democratic deficit in international organizations, see P.-M. Dupuy, "Sur les rapports entre sujets et 'acteurs' en droit international contemporain", in L.C. Vohrah *et al.* (eds.), *Man's Inhumanity to Man, Essays on International Law in honour of Antonio Cassese*, The Hague,New York, Kluwer Law International, 2003, 261; "Le concept de société civile internationale. Identification et genèse", in H. Gherari & S. Szurek, *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international?*, Paris, Pedone, 2003, 5. See also the broad and thorough analysis by A. Peters, "Dual Democracy", in Klabbers, Peters & Ulfstein, *Constitutionalization*, 263.

The *search for efficiency* is an incentive towards federalization and autocracy. It reflects the project of the survival of humanity: efficient global governance seems imperative in the face of global risks like the shortage of natural resources, demographic growth, mass migration or global warming. If such efficient governance is to take place, states will have to renounce their national egoisms and waive short term national interests. Such a waiver cannot be granted—at least not in the proportions needed to attain the desired efficiency—by governments subject to periodic election or facing strong oppositions ready to take advantage of nationalist passions, at the risk of compromising the fulfilment of cosmopolitan obligations. Such waivers should be imposed from the federal level through binding legislation. In the present state of the Constitution, however, it is hard to conceive how such a bond could be imposed democratically—that is how to reconcile constraint with freedom. There is no procedure that would enable the implementation of the principle of autonomy and that would guarantee that all individuals would understand themselves as having authored such legislation. The only body which would have the capacity to overcome national interests in the field of, say, global warming, and impose an efficient plan of reducing carbon emissions through a binding unilateral legislation, would be the Security Council. But it is quite obvious that this oligarchic body would not respect the minimum conditions of democracy. It is even hard to believe that it would respect the principle of equality, as the P5 would be in a position to except themselves from the restrictions. In fact, it is more likely that they would resist taking such a decision in the first place. And there exists no counter power to prevent this from happening, or to substitute itself in cases where the Council should be found to be deficient.[52] Paralysis or refusal of the Council to act when it should act is obviously one of the main constitutional defects of the Charter: as long as this remains unchanged, the Constitution will retain a strong autocratic dimension and will constantly be at risk of being ineffective.

This search for efficiency is supported by global economic actors promoting a neo-liberal agenda: a certain unification of the world would facilitate trade and lead to the maximization of profits and of general wealth. Citizens would become mainly consumers and this de-politization of the world would bring peace. The undesirable effects of such a process—the increase of social inequalities, with "winners" and "losers" of world trade liberalization– would be dealt with by insisting that states should concentrate on their core functions and in particular on ensuring security and stability in societies within their borders and keeping

---

[52] See S. Szurek, "La Charte des Nations Unies. Constitution mondiale?", in J.-P. Cot, M. Forteau & A. Pellet, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3rd edn., Paris, Economic, 2005, 23–68, 53. On the 'democratization' of the UN Security Council, see in part. I. Johnstone, "Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing Down the Deliberative Deficit", *American Journal of International Law*, 102, 2008, 275.

their borders safe to prevent mass migration. A minimum oligarchic federal state under the control of major economic trusts would ensure global security and see to the progressive dismantlement of barriers to trade and economic exchanges. This is roughly what a world liberal empire could look like.

On the other hand, the *quest for legitimacy* aims at implementing the principle of autonomy and is thus led by the idea of freedom. Globalization has seen the loss by states and their peoples of their autonomy. As globalization is mainly an economic phenomenon—and only world economic actors are able to establish efficient executive strategies at the global level—the economic order dominates the political order. Political life has lost its meaning within the States' borders, as choices are dictated "from above" by the rules of the global economy under the guise of a neutral science.

This quest for legitimacy should rationally lead to the federalization and democratization of the International Constitution. The only way for the political order to recover its primacy over the economic order is to reconstitute the tools it disposed of at the domestic level before the economy became globalized. But it seems difficult to conceive and build a federal system which ensures the sufficient degree of constraint on its components and which would at the same time be fully democratic. Either the system is reactive and efficient and risks being accused of being non democratic; or the system gives sufficient space for discussion and deliberations, and risks being accused of maintaining the status quo at great (and unjustified) costs.[53] In both cases, people may draw on their communitarian passions in the desperate hope of finding in the nation or in any other type of community a way of regaining some pieces of their lost autonomy.

Finally, it seems that we end up with what was René-Jean Dupuy's conclusion: the "International Community", in the process of realizing itself, is constantly at risk of returning to the state of nature. Between anarchy and the federal state, autocracy and democracy, there is no certainty as to what the future brings, no certain destiny for humanity and no end of history that would flow from a rational dialectic. The dialectic remains "open". It is subject to history and its hazards, to the irrational decisions of rulers heading superpowers . . . Nothing has ever been promised to us . . .

[53] Habermas has recently noticed that the economic crisis has led the European leaders to develop a kind of 'executive federalism'—supposedly efficient, but purely autocratic. J. Habermas, "The Crisis of the European Union in the light of a constitutionalization of International law", *European Journal of International Law*, 23(2), 335–348.

CHAPTER FIVE

THE LEGAL PERSONALITY OF MULTINATIONAL CORPORATIONS, STATE RESPONSIBILITY AND DUE DILIGENCE: THE WAY FORWARD

Vincent Chetail*

The contribution of Pierre-Marie Dupuy to the science of international law is huge and lasting. This cannot be summarized in one article or even in this whole volume collecting almost fifty essays in his honour. His ability to revisit general international law in order to analyze the major issues of our times is probably the most striking feature of his writings and teachings. He has taught several generations of international lawyers that we can, and in fact must, combine academic rigor with innovative approaches for grappling with contemporary challenges of public international law. This is the most important lesson I have learned from him.

Following his path, I will try to revisit from the perspective of general international law a particularly timely and debated issue of our time, namely the accountability of multinational corporations.[1] This topic and the related notion of corporate responsibility have already raised a plethoric literature and it is not my aim to summarize or even comment on it here.[2] My purpose is to confront the

* Professor of International Law, Graduate Institute of International and Development Studies. Parts of this Chapter are drawn on L. Cameron & V. Chetail, *Privatizing War. Private Military and Security Companies under Public International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

[1] There is no legally agreed definition of a transnational/multinational corporation. For a review of the various definitions, see: P.T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 12–15. The most frequently used definition in the legal doctrine is a descriptive one, which refers to a corporation that owns or controls production or service facilities outside the country in which it is based.

[2] Among the most recent publications on this issue see notably: S. Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, London, Routledge, 2012; A.J. Sepinwall, "Guilty by Proxy: Expanding the Boundaries of Responsibility in the Face of Corporate Crime", *Hastings Law Journal*, 63(2), Jan. 2012, 411–454; O. Amao, *Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law: Multinational Corporations in Developing Countries*, London, Routledge, 2011; A. De Jonge, *Transnational Corporations and International*

accountability of multinational corporations with one of the most classical topics of general international law: the notion of legal personality. Such a perspective

---

Law: Accountability in the Global Business Environment, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2011; K. Buhmann, L. Roseberry & M. Morsing (eds.), *Corporate Social and Human Rights Responsibilities: Global Legal and Management Perspectives*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York, Palgrave Macmillan, 2011; J. Bone, "Legal Perspectives on Corporate Responsibility: Contractarian or Communitarian Thought?", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 24(2), 2011, 277–304; D.A.J. Telman, "Is the Quest for Corporate Responsibility a Wild Goose Chase? The Story of Lovenheim v. Iroquois Brands, Ltd.", *Akron Law Review*, 44, 2011, 479–529; E. De Brabandere, "Non-State Actors and Human Rights: Corporate Responsibility and the Attempts to Formalize the Role of Corporations as Participants in the International Legal System", in J. d'Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, London [etc.], Routledge, 2011, 268–283; D.M. Branson, "Holding Multinational Corporations Accountable—Achilles' Heels in Alien Tort Claims Act Litigation", *Santa Clara Journal of International Law*, 9, 2011, 227–250; D.J. Kochan, "Legal Mechanization of Corporate Social Responsibility Through Alien Tort Statute Litigation: A Response to Professor Branson with Some Supplemental Thoughts", *Santa Clara Journal of International Law*, 9, 2011, 251–260; J.G. Ku, "The Curious Case of Corporate Liability under the Alien Tort Statute: A Flawed System of Judicial Lawmaking", *Vancouver Journal of International Law*, 51, 2010–2011, 353–396; M. Theophila, "'Moral Monsters' Under the Bed: Holding Corporations Accountable for Violations of the Alien Tort Statue After Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.", *Fordham Law Review*, 79(6), 2011, 2859–2908; M. Torrance, "Persuasive Authority beyond the State: A Theoretical Analysis of Transnational Corporate Social Responsibility Norms as Legal Reasons within Positive Legal Systems", *German Law Journal*, 12, 2011, 1573–1636; A. Mamolea, "The Future of Corporate Aiding and Abetting Liability under the Alien Tort Statute: A Roadmap", *Santa Clara Law Review*, 51, 2011, 79–152; P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility", in A.H. Qureshi & X. Gao (eds.), *International Economic Law: Critical Concepts in Law*, New York, Routledge, 2011, 96–149; A. De Jonge, "Transnational Corporations and International Law: Bringing TNCs out of the Accountability Vacuum", *Critical Perspectives on International Business*, 7(1), 2011, 66–89; W. Däubler, "Corporate Social Responsibility: A Way to Make Deregulation More Acceptable?", in R. Blanpain & F. Hendrickx (eds.), *Labour Law between Change and Tradition: Liber Amicorum Antoine Jacobs*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 49–57; E. Decaux (ed.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Brussels, Bruylant, 2010; M. Barsa & D. Dana, "Three Obstacles to the Promotion of Corporate Social Responsibility by Means of the Alien Tort Claims Act: The Sosa Court's Incoherent Conception of the Law of Nations, the Purposive Action Requirement for Aiding and Abetting, and the State Action Requirement for Primary Liability", *Fordham Environmental Law Review*, 21, 2010, 79–122; L. Davarnejad, "The Impact of Non-State Actors on the International Law Regime of Corporate Social Responsibility: Blessing or Curse?", in M. Noortmann & C. Ryngaert (eds.), *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, Farnham, Ashgate, 2010, 41–65; E. De Brabandere, "Human Rights Obligations and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate Responsibility", *Human Rights and International Legal Discourse*, 4(1), 2010, 66–88; N. Farrell, "Attributing Criminal Liability to Corporate Actors", *Journal of International Criminal Justice*, 8(3), 2010, 873–894; N. Keith, "Evolution of Corporate Accountability: From Moral Panic to Corporate Social Responsibility", *Business Law International*, 11, 2010, 247–276.

proves to be much less traditional that it may appear at first sight. On the contrary, new avenues may be inferred from general international law in order to ensure accountability of multinational enterprises.

The first part of this Chapter will present the notion of legal personality under general international law before transposing it to multinational corporations in the second part. The third part will enlarge the debate beyond international personality in order to assess the normative potential of attribution and the regime of state responsibility. The last part is devoted to the notion of due diligence which represents the most promising avenue. As demonstrated in this chapter, due diligence can play a considerable—and arguably unexpected—role in ensuring the accountability of multinational corporations.

1. The Notion of Legal Personality Under General International Law: Some Preliminary Comments

Personality in international law is a particularly elusive concept.[3] Discussions in the legal literature are confusing and frequently misleading. Although it is now acknowledged that states are no longer the exclusive subjects of contemporary international law, legal doctrine is not always coherent in proposing a uniform and general definition of international personality. It is tempting to say that there are as many definitions as authors. This is probably due to two main reasons. First, the question of who are the subjects of international law is closely connected with the conception of international law itself. Second, "international personality . . . will always involve a test of judgement and perception of the situation at hand and the overall context of the current nature and requirement of the international community at large."[4] This raises in turn the issue of the political nature of such an exercise: "subjects doctrine forms the clearing house between sources and substance: it is through subjects doctrine that the international allocation of values takes place, and as any political scientist knows, the authoritative allocation of values is one of the main political functions."[5]

Despite the great diversity of opinions on who can be a subject of international law, one can schematically distinguish three main conceptions of international personality. The first conception is a rather restrictive one, according to which international personality is defined by reference to a set of clear-cut attributes that

[3] Although the two terms are sometimes distinguished by authors, "subject" is used synonymously with "personality" for the purpose of the present developments. On the distinction between the two terms, see especially J. Klabbers, "The Concept of Legal Personality", *Ius Gentium*, 11, 2005, 35–66.

[4] M. Shaw, *International Law*, 3rd edn., Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 137.

[5] J. Klabbers, "(I Can't Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors", in J. Petman & J. Klabbers (eds.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International law for Martti Koskenniemi*, Leiden, Brill, 2003, 369.

are implicitly based on an analogy with the state as the primary subject of international law. According to this position, an entity is a subject of international law if and only if the three following cumulative conditions are met: it has the capacity to conclude international agreements; the capacity to establish diplomatic relations; and the capacity to bring international claims.[6] Although such a generalization from the capacities possessed by states may be transposed to international organizations, this particularly restrictive conception of international personality appears to be in contradiction with the sociological evolution of contemporary international society, which is more and more characterized by a plurality of actors. Moreover, such an analogy with states is inappropriate given their very specific status in international law. Indeed, states are both subjects of and creators of international law and as such, these two characteristics are unable to establish a general definition of international personality applicable to non-state entities.

In reaction to the state-analogy conception of international personality, a second and more extensive conception has been proposed in doctrine, which relies on a single criterion: the capacity to be invested of rights and obligations by international law.[7] Accordingly, the capacities to conclude international agreements and to bring international claims are irrelevant. Lauterpacht explained that:

---

[6] See in particular: C. Dominicé, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens", in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996, 147–171; G. Distefano, "Observations éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale", *Annuaire français de droit international*, 52, 2007, 105–128. There are many variants of the state-analogy conception. Feldman proposes a slightly broader definition: "Summing up the main features of international personality, we can determine such general criteria as: (1) participation in international legal relations; (2) autonomous will of the participants of international legal relations; (3) possession by the participant of its own international rights and duties in relation to other international person." D. Feldman, "International Personality", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 191, 1985, 345–414, at 358–359. Another version of the state-analogy conception is based on three elements: incurring responsibility for any violations of international law; claiming the benefits of rights conferred by international law; possessing capacity to enter into contractual or other legal relations with other subjects of international law. A. Orakhelashvili, "The Position of the Individual in International Law", *California Western International Law Journal*, 31, 2001, 256; P.K. Menon, "The Subjects of Modern International Law", *Hague Yearbook of International Law*, 3, 1990, 84; C. Okeke, *Controversial Subjects of Contemporary International Law*, Rotterdam, Rotterdam University Press, 1974, 19. Other authors add a fourth element based on the enjoyment of privileges and immunities from national jurisdictions: M. Dixon, *Textbook on International Law*, 5th edn., Oxford, Oxford University Press, 2005, 103–104; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edn., Oxford, Oxford University Press, 2003, 57.

[7] See in particular: J. Combacau & S. Sur, *Droit international public*, 5th edn., Paris, Montchrestien, 2001, 312; J. Salmon (ed.), *Dictionnaire de droit international public*, Brussels, Bruylant, 2001, 820; B. Kahil-Wolff, "L'individu en tant que sujet de droit international

> [t]he quality of a subject of international law—i.e: the capacity of being a subject of rights created and recognized by international law—does not . . . depend upon the capacity to claim or enforce such rights in the beneficiary's own name. Nor does it depend upon whether the persons or body concerned are a contracting party in relation to the instrument creating such rights. It is sufficient if such rights are created in their favour and are effectively vested in them.[8]

However, this approach has been criticized as blurring the traditional distinction between "objects" and "subjects" of international law since the capacity to bring claims would be a distinguishing characteristic of legal personality.[9] One could nevertheless argue that such a capacity concerns the enforcement of a norm rather than to whom it is addressed. Lauterpacht explained that:

> [i]t is important not to exaggerate the importance of what is, in the last resort, a procedural rule. The faculty to enforce rights is not identical with the quality of a subject of law or of a beneficiary of its provisions. A person may be in possession of a plenitude of rights without at the same time being able to enforce them in his own name. This is a matter of procedural capacity. Infants and lunatics have rights; they are subjects of law. This is so although their procedural capacity is reduced to a minimum.[10]

Between the two different conceptions, an intermediate position was promoted by the International Court of Justice (ICJ) in the *Reparation Case*. According to the Court, an entity is a subject of international law only if two cumulative conditions are fulfilled: it "is capable of possessing international rights and duties, and that it has capacity to maintain its rights by bringing international claims".[11] Although this definition has been frequently quoted in legal literature, it has also

---

public", *Revue de droit suisse*, 116, 1997, 125; J.A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 179, 1983, 167–168; H. Mosler, "Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public", in *Mélanges offerts à Henri Rolin: Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, 234.

8 H. Lauterpacht, "The Subjects of International Law", in E. Lauterpacht (ed.), *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Volume 1: The General Works*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, 147. On this distinction, see more generally: V. Chetail, "Le droit d'avoir des droits en droit international public: Réflexions sur la subjectivité internationale de l'individu", in M.-C. Caloz-Tschopp (ed.), *Lire Hannah Arendt aujourd'hui. Pouvoir, guerre, pensée, jugement politique*, Paris, L'Harmattan, 2008, 217–232.

9 See for instance, C. Berezowski, "Les problèmes de la subjectivité internationale", in *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, 34.

10 See H. Lauterpacht, "General Rules of the Law of Peace", in Lauterpacht (ed.), *International Law, Volume 1*, 286–287.

11 ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, 174, at 179.

been criticized as being circular since the two criteria presuppose and depend on the existence of a legal person.[12]

Notwithstanding the limits inherent to such a definition, the Court helps to clarify one crucial aspect of international personality by highlighting the fact that the subjects of international law may substantially vary from one to another:

> The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States.[13]

The very concept of international personality is thus neither static nor uniform. There are different degrees of personality which depend on the extent of the capacities attributed by international law. Besides the great diversity of subjects, one should distinguish between two different types of personality: on the one hand, *original* and *plenary* personality which belongs to states as the primary subjects of international law and, on the other hand, *derived* and *limited* personality which states confer on other entities.[14] Against this background, the next question is to examine whether international companies may have a limited personality derived from international law.

2. Multinational Corporations as a Subject of International Law

Given the controversies surrounding the very concept of international personality, it is not surprising that the question of multinational companies as a subject of international law has raised a longstanding and complex debate. That debate first arose during the 1960s in the context of nationalization and permanent sovereignty over resources of newly independent states. Since the 1990s, the complex issue of the international subjectivity of corporations has resurfaced in the context of their alleged responsibility in respect of human rights. The terms of the debate are mainly polarized around two antagonist schools of authors that deserve further elaboration.

---

[12] Brownlie, *Principles of Public International Law*, 57.

[13] ICJ, *Reparation for Injuries*, 178.

[14] The distinction between original and derived personality has been notably acknowledged by the ICJ in *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (WHO Case), Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66, at 78, para. 25: "international organizations are subjects of international law which do not, unlike States, possess a general competence. International organizations . . . are invested by the States which create them with powers, the limits of which are a function of the common interests whose promotion those States entrust to them."

A significant part of the doctrine considers that multinational corporations are not a subject of international law.[15] This assertion is generally based on two different kinds of arguments. First, from a political and arguably systemic perspective, acknowledging transnational corporations as a subject of international law would substantially reduce the power of states and thus their traditionally dominant position in international law.[16] Second, from a more technical perspective, the denial of personality to transnational corporations is frequently based on the above-mentioned state-analogy conception of personality. Authors particularly stress the fact that corporations lack the power to directly participate in the international law-making process.[17]

---

[15] See in particular: Brownlie, *Principles of Public International Law*, 65; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th edn., London, Routledge, 1997, 102; Domincé, "La personnalité juridique", 154 and 165; K.P. Sauvant & V. Aranda, "The International Legal Framework for Transnational Corporation", in A.A. Fatouros (ed.), *Transnational Corporations: The International Legal Framework*, Vol. 20, New York, Routledge, 1994, 84; F. Johns, "The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory", *Melbourne University Law Review*, 19, 1994, 900 and 913–914; P. Merciai, *Les enterprises multinationales en droit international*, Brussels, Bruylant, 1993, 198–201; F. Rigaux, "Transnational Corporations", in M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Propects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 129; L. Henkin, "International Law: Politics, Values and Functions", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 126, 1989, 199; A. Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 103; Feldman, "International Personality", 359; H.W. Baade, "The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises", *German Yearbook of International Law*, 22, 1979, 16; J. Verhoeven, "Droit international des contrats et droit des gens", *Revue belge de droit international*, 1978–1979, 209. Some authors consider that, in the current stage of international law, the international personality of transnational corporations remains an open question: M. Shaw, *International Law*, 5th edn., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 225. The *Third US Restatement of Foreign Relations Law* also notes that "[t]he multinational enterprise or corporation (sometimes referred to as a transnational or global corporation) is an established feature of international economic life, but it has not yet achieved special status in international law or in domestic legal systems": Vol. 1, 1987, 126.

[16] See notably: Johns, "The Invisibility of the Transnational Corporation", 900; Feldman, "International Personality", 359–361; and C. Lazarus, C. Leben, A. Lyon-Caen & B. Verdier, *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Litec, 1978, 421.

[17] For instance, Baade explains that "MNEs [multinational enterprises] are . . . neither states nor public international organizations, and thus neither general 'natural' nor 'artificial' subjects of international law as presently defined. Even if their procedural role in follow-up proceedings should, in analogy to human-rights complaints mechanisms, suffice to confer upon them 'partial' or *ad hoc*, they would still lack at least one of the essential attributes of full international personality. This is the power to participate directly in the international norm-creating process". Baade, "The Legal Effects of Codes of Conduct", 16. On the role of multinational corporations in the law-making process, see generally: P. Malanczuk, "Multinational Enterprises and Treaty-Making—A Contribution to the Discussion on Non-State Actors and the 'Subjects' of International Law", in V. Gowland-Debbas (ed.), *Multilateral Treaty-Making: The Current Status of*

However, the two main arguments invoked for denying international personality to multinational corporations are not convincing. They are in contradiction with the sliding-scale conception of international personality as acknowledged by the ICJ in the *Reparation for Injuries* case. In that particular case, the Court clearly rejected any kind of analogy with the state in order to infer the attributes of international personality: "the Court has come to the conclusion that the [United Nations] Organization is an international person. That is not the same thing as saying that it is a State, which it certainly is not, or that its legal personality and rights and duties are the same as those of a State."[18] Moreover, while the capacity to participate in the international law-making process may be considered as a potential indicator, it is nevertheless not part of the definition given by the Court. That definition is based on the capacity to have rights and obligations under international law and the capacity to bring international claims.

A growing and substantial part of the doctrine—including Pierre-Marie Dupuy[19]—considers that multinational corporations have acquired a limited personality derived from international law.[20] Commentators rightly observe that, in

---

Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, 45–72; and J.I. Charney, "Transnational Corporations and Developing Public International Law", *Duke Law Journal*, 1983, 748–788.

18 ICJ, *Reparation for Injuries*, 179.

19 P.-M. Dupuy, "Retour sur la théorie des sujets du droit international", *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, 74 and 84; P.M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 105–118.

20 See in particular: J.E. Alvarez, "Are Corporations Subjects of International Law", *Santa Clara Journal of International Law*, 9, 2011, 2; D. Kinley & J. Tadaki, "From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law", *Virginia Journal of International Law*, 44, 2004, 944–946; P. Dumberry, "L'entreprise, sujet de droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements", *Revue générale de droit international public*, 108, 2004, 104–121; S. Deva, "Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here?", *Connecticut Journal of International Law*, 19, 2003, 50–56; N.M.C.P. Jägers, *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, Antwerp, Intersentia, 2002, 27–35; Q.D. Nguyen, P. Daillier & A. Pellet, *Droit international public*, 7th edn., Paris, LGDJ, 2002, 647–648; S. Ratner, "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", *Yale Law Journal*, 111, 2001, 488; D. Carreau, *Droit international*, 7th edn., Paris, Pedone, 2001, 31–32; C. Leben, "Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etats", in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, 119–120; C. Baez, M. Dearing, M. Delatour & C. Dixon, "Multinational Enterprises and Human Rights", *University of Miami International and Comparative Law Review*, 8, 1999–2000, 217–222; N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, 7–8; I. Seidl-Hohenveldern, "International Economic Law: General Course on Public International

some specific circumstances, the capacity to have rights and obligations and the capacity to bring international claims have been directly conferred on them by international law. This is nevertheless a functional personality in the sense that it is attributed to corporations in the strict limits and for the specific purpose required by international law. The question whether they have international personality requires a case-by-case examination of the relevant applicable norms of international law. Following this approach, a limited and derived personality may be conferred by three distinct sources: internationalized contracts (also called *contrats d'Etat*), treaties, and customary law, which require further analysis.

As for the first source, internationalized contracts are concluded between a host state and a corporation, and are mostly used in the field of oil and mining concessions and development agreements. These contracts not only spell out rights and obligations of the parties, but also frequently contain a clause stating that the contract is governed by international law. Moreover, most of them provide for international arbitration in case of a dispute. Already in 1964 Friedmann affirmed that private corporate parties to such contracts should be regarded as possessing international legal personality.[21] This reasoning was acknowledged by the arbitral award delivered in 1977 in *Texaco Calasiatic v. Libyan Arab Republic*:

> In other words, stating that a contract between a State and a private person falls within the international legal order means that for the purposes of interpretation and performance of the contract, it should be recognized that a private contracting party has specific international capacities. But, unlike a State, the private person has only a limited capacity and his quality as a subject of international law does enable

Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 198, 1986, 35–42; P. Fischer, "Transnational Enterprises", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 8, Amsterdam, North-Holland, 1985, 518; P. Cahier, "Changements et continuité du droit international: Cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 195, 1985, 158–159; D.A. Ijalaye, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, New York, Oceana, 1978, 221–246; W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens and Sons, 1964, 223. Some authors are slightly more cautious considering that the international personality of corporations is both possible and useful but this is not the panacea for all the problems of international regulation: D. Kokkini-Iatridou & P.J.I.M. de Waart, "Foreign Investments in Developing Countries—Legal Personality of Multinationals in International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1983, 111–123 and 131; A.A. Fatouros, "Transnational Enterprise in the Law of State Responsibility", in R. Lillich (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, 386–388.

[21] Friedmann, *Changing Structure of International Law*, 223. See also W. Friedmann, "General Course in Public International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 127, 1969, 122.

> him only to invoke, in the field of international law, the rights which he derives from the contract.[22]

This interpretation is shared by many authors,[23] but remains controversial.[24] It has been argued that a state alone cannot confer on its private contract partner the status of "subject" of international law, which could be opposed by other states. It is true that such contracts cannot establish an *erga omnes* personality. However, those contracts remain a significant legal tool in order to regulate the conduct of multinational companies at the international level.

The second and certainly most established way for conferring international personality on a non-state entity is through the adoption of a treaty. In practice, the capacity to have rights and to bring international claims has been already conferred on corporations by several treaties related to investment. At the multilateral level, the 1965 Convention establishing the International Centre for the Settlement of Investment Disputes[25] and the 1995 Energy Charter Treaty,[26] as well as at the regional level the 1993 North American Free Trade Agreement (NAFTA)[27]

---

[22] *Texaco Calasiatic v. Libyan Arab Republic* (Merits), in *International Legal Materials*, 17, 1978, 1–37, at 17, para. 47.

[23] See notably: Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international", 105–106; Leben, "Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etats", 119–120; I. Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 2nd edn., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 10–20; Fischer, "Transnational Enterprises", 518; and Cahier, "Changements et continuité du droit international", 158–159.

[24] See in particular: Brownlie, *Principles of Public International Law*, 525 and ff.; Malanczuk, "Multinational Entreprises and Treaty-Making", 58–61; F. Rigaux, "Des dieux et des héros. Réflexion sur une sentence arbitrale", *Revue critique de droit international privé*, 1978, 435–459; and G. Abi-Saab, "The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines", *Annales d'études internationales*, 1971, 97–122.

[25] 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, in *International Legal Materials*, 4, 1965, 532. See in particular its Art. 25. See on the access of private corporations: Muchlinski, *Multinational Enterprises*, 540; and C. Schreuer, "Access to ICSID Dispute Settlement for Locally Incorporated Companies", in F. Weiss, E. Denters & P. de Waart (eds.), *International Economic Law*, The Hague, Kluwer, 1998, 497–512.

[26] The Energy Charter Treaty, in *International Legal Materials*, 34, 1995, 373. See in particular its Art. 26. For a comment, see: F. Poirat, "L'article 26 du Traité relative à la Charte de l'énergie: Procédures de règlement des différends et statut des personnes privées", *Revue générale de droit international public*, 102, 1999, 73–81; and T.W. Waelde, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Implementation", *Arbitration International*, 12, 1996, 429–467.

[27] The North American Free Trade Agreement, in *International Legal Materials*, 32, 1993, 605. See in particular its Chapter 11. For a comment, see notably: J. Vanduzer, "Investor-State Dispute Settlement under NAFTA Chapter 11: The Shape of Things to Come?", *Canadian Yearbook of International Law*, 35, 1997, 263–266; and R.J. Zedalis, "Claims by Individuals in International Economic Law: NAFTA Development", *American Review of International Arbitration*, 7, 1996, 116–117.

and the 1994 Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments in MERCOSUR[28] are good examples. Similar provisions may be found in other fields of international law. For instance, the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) provides for a binding arbitration mechanism in case of disputes arising from the interpretation or application of a contract between the parties concerned, including legal persons.[29] UNCLOS also stipulates specific and direct obligations for corporations. For example, Article 137(1) and (3) provides that no juridical person shall appropriate any part of the ocean floor beyond the limits of national jurisdiction nor claim or exercise any rights on its resources. Several authors have deduced from this rather eclectic practice that corporations have been granted an international personality through such treaties, which is however circumscribed to the strict capacities expressly conferred on them by the relevant treaties.[30]

However, treaties directly conferring legal capacities on corporations are not abundant. The most common way of regulating the conduct of corporations follows a more traditional pattern centred on the rights and obligations of states parties rather than those of the corporations *per se*. Although there is no obstacle in international law to adopting treaties directly stipulating rights and obligations for corporations, the majority of existing conventions require states to enact and enforce laws applicable to enterprises.[31] As such, rights and obligations arising from these conventions are indirectly applied to corporations, as demonstrated by the numerous treaties concluded in the context of the protection of environment[32] and the fight against corruption.[33] Those rights and obligations—although

---

[28] Available at: http://www.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/coloni-e.asp. See Art. 9.

[29] United Nations Convention on the Law of the Sea, in *International Legal Materials*, 21, 1982, 1261. See Arts. 187–188.

[30] See in particular: Kinley & Tadaki, "From Talk to Walk", 947; Dumberry, "L'entreprise, sujet de droit international?", 113–114; Jägers, *Corporate Human Rights Obligations*, 31; Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international", 118; Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources*, 7–8; and D. Kokkini-Iatridou & P.J.I.M. de Waart, "Economic Disputes Between States and Private Parties: Some Legal Thoughts on the Institutionalization of Their Settlement", *Netherlands International Law Review*, 33, 1986, 323–325.

[31] See generally: C.M. Vázquez, "Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, 2004–2005, 927–959; and M. Kamminga, "Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A Challenge for the EC", in P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 556–561.

[32] Among numerous possible examples, see in particular: Arts. I(3) and III–VII of the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, Brussels (973 UNTS 3, 29 Nov. 1969 (entry into force: 19 Jun. 1975)); and Arts. 2–4 of the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes (1673 UNTS 126, 22 Mar. 1989 (entry into force: 5 May 1992)).

[33] See for example: Art. 23 of the United Nations Convention against Corruption (UNGA Res 58/4, 31 Oct. 2003); Arts. 2–3 of the OECD Convention on Combating Bribery of

recognized by international instruments—can only be enforced via domestic law. In fact, state parties are required to criminalize the prohibited conduct for corporations as well. Corporations are accordingly treated more as an object of international regulation than as a proper subject on their own.

The third source invoked to justify the international personality of corporations is customary law. According to this approach, the above-mentioned treaties on investment and the codes of conduct that have proliferated over the past forty years[34] are part of a broader customary law process acknowledging the international personality of corporations. Although codes of conduct are by definition not binding,[35] some scholars have argued that they "contain elements which could serve as an indication of the willingness of states to assume that MNEs possess the principal qualities characteristic of an international legal person".[36] The majority of codes directly address the rules of conduct contained therein to corporations and some of them even contain implementation mechanisms enabling corporate behavior to be scrutinized. This is the case of two frequently quoted guidelines, the first being the one adopted by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the other drafted by the International Labour Organization (ILO).

The OECD Guidelines for Multinational Enterprises, adopted in 1976 and last revised in 2000, require corporations to follow standards laid down in the various fields of environment, human rights, corruption, consumer interests and competition.[37] Although it is explicitly stated that "observance of the Guidelines

---

Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997; Art. VIII of the Inter-American Convention Against Corruption, 1996; Art. 18 of the Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 173, 1999).

[34] For an overview of the multiple codes of conduct dealing with multinational corporations, see in particular: S.D. Murphy, "Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level", *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, 2004–2005, 389–433; Sauvant & Aranda, "Transnational Corporations", 86–87; Merciai, *Les entreprises multinationales*, 87–151; and N. Horn (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, Deventer, Kluwer, 1980.

[35] See on the legal nature of the codes of conduct: Merciai, *Les entreprises multinationales*, 163–190 and 262–287; Baade, "The Legal Effects of Codes of Conduct", 11–52; and J. Davidow & L. Chiles, "The United States and the Issue of the Binding or Voluntary Nature of International Codes of Conduct Regarding Restrictive Business Practices", *American Journal of International Law*, 72, 1978, 247–271.

[36] Kokkini-Iatridou & de Waart, "Legal Personality of Multinationals", 114. See also: Seidl-Hohenveldern, "International Economic Law", 42; and K.G. Del Ponte, "Formulating Customary International Law: An Examination of the WHO International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes", *Boston College International and Comparative Law Review*, 5, 1982, 377–403.

[37] OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD, 2008, available at: http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf.

by enterprises is voluntary and not legally enforceable",[38] these guidelines are accompanied by a rather detailed implementation mechanism.[39] Nevertheless, the purpose of this non-binding procedure is not to judge the behaviour of individual companies as such but merely to clarify the meaning of the Guidelines in case of a disagreement on their interpretation and application. The ILO Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy,[40] adopted in 1977 and revised in 2000, follows a similar pattern. Compared to the OECD Guidelines, it contains more specific standards on human rights, but its implementation procedure is slightly more rudimentary than that of the OECD.[41]

Beyond the specific scope and content of the various codes of conduct, it is dubious that they have succeeded in creating a customary norm that would acknowledge or even confer a proper international personality on corporations.[42] Indeed, the different initiatives launched within the United Nations have highlighted persistent disagreements between states when adopting a code of conduct directly addressed to corporations. After longstanding and sensitive debates conducted between 1974 and 1992, states failed to adopt on the draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations[43] because of major disagreements between industrialized and developing countries on the crucial reference to international law and on the inclusion of standards of treatment for

---

[38] *Ibid*., 12, para. 1.

[39] The procedure for dealing with disputes about the Guidelines is a two-step process. Member states, companies and employee organizations may request National Contact Points for a consultation for all matters covered by the Guidelines, including complaints about a company. If the disagreement is not resolved by mediation at national level, Contact Points can refer it to the OECD's Committee on International Investment and Multinational Enterprises, which has ultimate responsibility for the Guidelines. For a description of this procedure, see: Muchlinski, *Multinational Enterprises*; International Council on Human Rights Policy, *Beyond Voluntarism: Human Rights and the Developing International Legal Obligations of Companies*, Geneva, International Council on Human Rights Policy, 2002, 99–100; and Jägers, *Corporate Human Rights Obligations*, 106–109.

[40] Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, in *International Legal Materials*, 17, 1978, 422.

[41] When the meaning of the Tripartite Declaration is disputed, governments can ask a sub-committee of the Governing Body—the Sub-committee on Multinational Enterprises—to provide its interpretation. Workers' and employers' organizations can also ask for interpretations, but only if their governments fail to do so. As with the OECD procedure, however, the mechanism does not judge the conduct of specific companies. See Jägers, *Corporate Human Rights Obligations*, 112–114.

[42] See: Kinley & Tadaki, "From Talk to Walk", 952; Johns, "The Invisibility of the Transnational Corporation", 899–901; Baade, "The Legal Effects of Codes of Conduct", 16–22.

[43] For the latest version of the text, see UN Doc. E/1990/94. The alleged involvement of the US corporation ITT in the overthrow of the democratically elected government of Salvador Allende in Chile was the immediate cause underlying the decision to draft a code of conduct. See Jägers, *Corporate Human Rights Obligations*, 100–101 and 120.

multinational corporations.[44] Divergences among states resurfaced in 2003 when the Sub-Commission on Human Rights prepared its Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights.[45] The Commission on Human Rights finally decided not to adopt them, stating that it "has not been requested by the Commission and, as a draft proposal, has no legal standing".[46]

Although resort to codes of conduct has been—at least for the moment—unable to establish a customary law personality for corporations, one should not underestimate the role of soft law for regulating the conduct of such private actors. Intergovernmental declarations and other related non-binding enactments are particularly useful for promoting a common understanding on new issues of international concern and for encouraging predictable and consistent behaviours of states. In the medium or long term, soft law instruments may accordingly pave the way for future conventional or customary law regulations.

The recent adoption of the Guiding Principles on Business and Human Rights exemplifies the potential of soft law in this area.[47] In contrast to previous initiatives, the Guiding Principles benefit from a growing consensus among states. In fact the Human Rights Council endorsed the Guiding Principles by consensus on 16 June 2011.[48] The OECD also rapidly endorsed them at its 2011 meeting.[49]

---

[44] On the difficulties and disagreements encountered in the negotiations, see: Jägers, *Corporate Human Rights Obligations*, 121–123; P. Lansing & A. Rosaria, "An Analysis of the United Nations Proposed Code of Conduct for Transnational Corporations", *World Competition Law & Economic Review*, 14, 1991, 35–40; S. Dell, "The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations", in J. Kaufmann (ed.), *Effective Negotiation: Case Studies in Conference Diplomacy*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, 53–74.

[45] UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003. For an overview of the history and design of the Norms, see D. Weissbrodt & M. Kruger, "Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights", in P. Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 177–226. See also E. Decaux, "La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, 789–798.

[46] UN Doc. E/CN.4/DEC/2004/116, 2004, 82. The Commission decided in April 2005 to request the Secretary-General to appoint a special representative on "the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises" for identifying and clarifying the "standards of corporate responsibility and accountability" with regard to human rights: UN Doc. E/CN.4/RES/2005/, 2005.

[47] The Guiding Principles were proposed to the United Nations Human Rights Council as part of the 2011 report to the Council by then-UN Special Representative on business & human rights, John Ruggie: *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie*, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 Mar. 2011.

[48] UN Doc. A/HCR/RES/17/4, 2011.

[49] OECD Guidelines for Multinational Entreprises, 2011, available at: http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf.

Furthermore, the Guiding Principles acknowledge that, in parallel to the duties of states, "[b]usiness enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved" (Principle 11). Although the wording could have been stronger in recognizing the plain applicability of human rights to companies, the commentaries make clear that:

> The responsibility to respect human rights is a global standard of expected conduct for all business enterprises wherever they operate. It exists independently of States' abilities and/or willingness to fulfil their own human rights obligations, and does not diminish those obligations. And it exists over and above compliance with national laws and regulations protecting human rights.[50]

In the long run, the Guiding Principles could be an important step towards a broader customary law process initiated several decades ago and consolidated by treaties. One should add that the horizontal effect of human rights obligations is commonly inferred from the Preamble of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the major human rights treaties.[51]

At this stage, however, any definitive conclusion about a customary law personality would be premature. Thus, the current state of customary international law does not permit to consider that multinational enterprises are subjects of international law. This is still a process which has not yet crystalized. Nevertheless, depending on the circumstances, a treaty and to some extent internationalized contracts may confer limited international personality on such entities.

3. Beyond International Personality: Attribution and The Regime of State Responsibility

Given the limits and controversies surrounding the concept of international personality, several authors have highlighted the need for new approaches. Rosalyn Higgins has asserted that

> We have all been held captive by a doctrine that stipulates that all international law is to be divided into "subjects"—that is, those elements bearing, without the need

---

[50] *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 2011, 13. See however my comments in part 4 of this Chapter.

[51] Universal Declaration of Human Rights, adopted by United Nations General Assembly Resolution 217 A (III), 10 Dec. 1948. See for instance: Muchlinski, *Multinational Enterprises*, 518–519; Decaux, "La responsabilité des sociétés transnationales", 792; Deva, "Human Rights Violations by Multinational Corporations", 13; P. Redmond, "Transnational Enterprises and Human Rights: Options for Standard Setting and Compliance", *The International Lawyer*, 37, 2003, 70; J.J. Paust, "Human Rights Responsibilities of Private Corporations", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 35, 2002, 811.

> for municipal intervention, rights and responsibilities; and "objects"—that is, the rest. . . . Finally, the whole notion of "subjects" and "objects" has no credible reality, and, in my view, no functional purpose. We have erected an intellectual prison of our own choosing and then declared it to be an unalterable constraint.[52]

Following the same line of reasoning, Andrew Clapham suggests "to move beyond the self-imposed formalistic legal problem of subjectivity and concentrate on capacity".[53] He considers that "international rights and duties depend on the capacity of the entity to enjoy those rights and bear those obligations; such rights and obligations do not depend on the mysteries of subjectivity".[54] One can argue however that such a departure from the concept of international personality is only apparent. Focusing on capacity rather than personality appears to be an upsurge of the extensive conception of subjectivity presented above and mostly promoted by Lauterpacht, according to which the capacity to be vested of rights and obligations is the primary criterion of international personality.

Moreover, one should acknowledge that, with few exceptions, current international law rarely addresses explicit obligations directly to corporations. Given that the capacity to be vested of rights and obligations is seldom directly conferred by international law on corporations, insisting on the concept of personality or the capacities of corporations is arguably futile and counterproductive. Thus, the next crucial question is how corporations can be bound by international law without regard to their alleged international personality or their capacities to have direct rights and obligations.

One potential avenue by which companies can be bound to respect international law relies on the regime of state responsibility and its ancillary question of

---

[52] R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We use It*, New York, Clarendon Press, 1994, 49.

[53] A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 77.

[54] *Ibid.*, 68–69. See also: D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd edn., Vol. I, London, Stevens and Sons, 1970, 81: "Capacity implies personality, but always it is capacity *to do those particular acts*. Therefore 'personality' as a term is only shorthand for the proposition that an entity is endowed by international law with legal capacity. But entity A may have capacity to perform acts X and Y, but not act Z, entity B to perform acts Y and Z but not act X, and entity C to perform all three. 'Personality' is not, therefore, a synonym for capacity to perform acts X, Y and Z; it is an index, not of *capacity per se*, but of specific and different capacities". For other authors suggesting a departure from the concept of international personality to understand the obligations of corporations, see also: V. Lowe, "Corporations as International Actors and International Law Makers", *Italian Yearbook of International Law* 14, 2004, 23–38; and F. van Hoof, "International Human Rights Obligations for Companies and Domestic Courts: An Unlikely Combination?", in M. Castermans-Holleman, F. van Hoof & J. Smith (eds.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy. Essays in Honour of Peter Baehr*, The Hague, Kluwer, 1998, 47–59.

attribution.[55] It is beyond any doubt that when a corporation's conduct can be attributed to a state, the state might incur international responsibility as provided by the 2001 Articles on State Responsibility of the International Law Commission (ILC). In international law, states are responsible for the official acts of their organs and agents, but they may also be held responsible for the acts of private persons or entities when they have delegated certain tasks to them or when the latter act "on the instructions of or under the direction and control of" a state.[56] These are the principal cases in which the conduct of corporation may be attributed to states.[57] In addition, even where the conduct of a private person or entity cannot be attributed to a state, a state may nevertheless bear obligations of "due diligence" with respect to that actor. As such, the rules on state responsibility can play a substantial role in determining the primary legal obligations of a state with respect to multinational enterprises, including those it has itself contracted and those operating on its own territory or on the territory it controls.[58]

Another question remains nonetheless to be determined: in cases where the wrongful conduct of a corporation is attributable to the state, thus rendering the state internationally responsible, can one consider that the corporation is itself vested of the state's international law obligations by virtue of its attributability to the state? In other words, do the secondary rules on state responsibility have an impact on the scope of the addressees of the primary rules of international law?

---

[55] One cannot omit to recall that the writings of P.-M. Dupuy represent a key contribution in the field of state responsibility. Among his numerous publications on this topic, see in particular: "Back to the Future of a Multilateral Dimension of the Law of State Responsibility for Breaches of 'Obligations Owed to the International Community as a Whole'", *European Journal of International Law*, 23, 2012, 1059–1069; "Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law", in J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 173–183; "Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un Bilan", *Revue générale de droit international public*, 107, 2003, 305–348; "Implications of the Institutionalization of International Crimes of States", in J. Weiler, A. Cassese & M. Spinedi (eds.), *International Crimes of States*, Berlin, De Gruyter, 1989, 170–185; "The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution?", *Michigan Journal of International Law*, 1989, 105–112; and "Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 188, 1984, 9–133.

[56] See Arts. 4, 5 and 8 of the Articles on State Responsibility: "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries", in ILC, *Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session*, UN Doc. A/56/10, 2001.

[57] There are other possible heads of attribution under the Articles on State Responsibility.

[58] For further discussions in link with private military or security companies see: Cameron & Chetail, *Privatizing War*, 134–287. See also C. Danwood Mzikenge, "The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights", *Melbourne Journal of International Law*, 5(1), 2004, 1–36.

Curiously enough such questioning has rarely been addressed or developed by scholars. This is probably due to the fact that international lawyers may feel uncomfortable with any possible blurring of primary and secondary rules.

Indeed, the Articles on State Responsibility and their commentaries seem to answer the present question in the negative: the two sets of primary and secondary rules are disconnected from each other. Does this necessarily mean that state responsibility does not imply that the same international obligations are vested upon the person whose conduct is attributable to the state? The ILC does not explicitly answer this question. Nevertheless, a negative answer could be deduced from the following commentaries:

> As a normative operation, attribution must be clearly distinguished from the characterization of conduct as internationally wrongful. . . . To show that conduct is attributable to the State says nothing, as such, about the legality or otherwise of that conduct, and the rules of attribution should not be formulated in terms which imply otherwise.[59]

Following this stance, the analysis of the imputability of the conduct should be divorced from the discussion of legality. Who bears obligations and to what extent is however an issue of legality and not of attribution. That conclusion is also warranted by the silence of the two Rapporteurs, Ago and Crawford, with respect to obligations binding upon the person whose conduct is directly attributable to the state.[60] Further, both Rapporteurs made clear that the conduct of state agents acting in their private capacity is not attributable to the state, even though the same action would have been wrongful if committed in official capacity.[61] Similarly, in discussing responsibility of a state for the acts of private parties on the basis of a failure to exercise due diligence, the Commentary states that:

---

[59] Articles on State Responsibility with Commentaries, 39.

[60] See specifically commentaries to Arts. 4, 5 or 8 or the Chapeau on Attribution. In this sense, see ILC, *Third Report on State Responsibility, by Roberto Ago, Special Rapporteur: The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/246 and Add.1–3, reproduced in *Yearbook of the International Law Commission*, II(1), 1971, 262–270, paras. 186–196 (on *de facto* organs) and further comments on Arts. 4 and 5 of the Report. See also ILC, *Fourth Report on State Responsibility, by Roberto Ago, Special Rapporteur: The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility (Continued)*, UN Doc. A/CN.4/264 and Add. 1, in *Yearbook of the International Law Commission*, II, 1972, 95–126.

[61] Articles on State Responsibility with Commentaries, 42, para. 13; ILC, *Third Report on State Responsibility*, 241–243, paras. 129–134. One could argue that, as a rule of international law, the exclusion of acts carried out by state officials in their private capacity that would otherwise entail a breach of a state's international obligations if they were imputable to the state suggests that obligations are not binding *per se* directly on the individuals—even though they are part of the state machinery—but only on the state.

> For example, a receiving State is not responsible, as such, for the acts of private individuals in seizing an embassy, but it will be responsible if it fails to take all the necessary steps to protect the embassy from seizure, or to regain control over it. In this respect there is often a close link between the basis of attribution and the particular obligation to have been breached, even though the two elements are analytically distinct.[62]

Thus, while the two issues are conceptually separated, both in pith and substance, the question of attribution cannot be dissociated from the substantive obligations imposed by international law when it comes to private actors. Steven Ratner goes further in taking the view that "the extant rules of state responsibility that make the state liable for the acts of some private actors can provide for the responsibility of those private actors as well."[63] In other words, "because the state is responsible for certain acts of private actors, those actors can also be held responsible for that same conduct under international law".[64] The author further presents cases brought before United States (US) domestic courts on the basis of the Alien Tort Statute (also known as the Alien Tort Claims Act) indeed supporting the idea that, when a corporation's conduct is attributable to the state, the corporation "is liable as the state for violations of human rights".[65] Although US courts have determined a relatively high threshold for attribution standards,[66] Ratner identifies three types of relations between the state and the corporation that will warrant the extension of the states' human rights obligations to corporations, namely "corporations as Governmental agents", corporate complicity, and "corporations as commanders".[67] While the two last sets of relationships are related to the broader notion of corporate complicity,[68] the corporation as a government agent deserves some further consideration.

---

[62] Articles on State Responsibility with Commentaries, 39, para. 4.

[63] Ratner, "Corporations and Human Rights", 497.

[64] *Ibid.*

[65] *Ibid.*, 498.

[66] In this regard, Ratner refers to the *Unocal* case discussed below. Suffice it to mention that the Court for the Ninth Circuit held that "a plaintiff must prove that the private individuals exercised *control* over the government official's decision to commit the section 1983 violation". *Doe* v. *Unocal*, 395 F.3d 932 (9 Cir. 2002), note 223.

[67] For corporations as Government agents, see Ratner, "Corporations and Human Rights", 499–500; for corporations as complicit with Governments, see *ibid.*, 500–504; for corporations as commanders, see *ibid.*, 504–506.

[68] It is noteworthy here that what Ratner defines as "corporations as commanders" equates with indirect complicity (under the *Unocal* case) or silent complicity following the categorization of the corporate complicity notion as developed by Clapham and Jerbi: A. Clapham & S. Jerbi, "Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses", *Hastings International & Comparative Law Review*, 24, 2001, 342–349. The notion of corporate complicity has raised a plethoric literature and will not be addressed here. Besides the publications already mentioned, see notably: J. Clough, "Punishing the Parent: Corporate Criminal Complicity in Human Rights Abuses", *Brooklyn Journal of*

Ratner identifies three situations where a corporation could be deemed an agent of the state and thus liable for the same human rights violations: when the human rights violations were instructed by the government to the corporation, when the corporation "exercise[s] governmental authority as empowered by the law of the state, or in the absence or default of official authorities".[69] Those three situations have been recognized by the ILC as a basis for attribution of conduct to a state;[70] as such, Ratner's argument implicitly considers that the secondary rules of attribution do affect the scope of the addressees of the primary rules. In such cases, those corporations would be bound by the same human rights obligations as their hiring states, and thus liable to the same extent in case of violation.[71]

4. Due Diligence: The Way Forward

The strongest argument for binding corporations by the rules of international law through the regime of state responsibility remains the obligation for states to act in due diligence. This obligation arises directly from the primary rules themselves. Primary rules require specific conduct from states and define the conditions under which that conduct is compulsory. The Articles on State Responsibility do

International Law, 33, 2008, especially 909–910; A.M. McLoughlin, "International Trend of Multinational Corporate Accountability for Human Rights Abuses and the Role of the United States", *Ohio Northern University Law Review*, 33 , 2007, 159–160; S. Deva, "Corporate Complicity in Internet Censorship in China: Who Cares for the Global Compact or the Global Online Freedom Act?", *George Washington International Law Review*, 39, 2007, 255–319; I. Tófalo, 'Overt and Hidden Accomplices', in O. De Schutter (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006, 337–358; A. Ramasastry, "Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon—An Examination of Forced Labour Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations", *Berkeley Journal of International Law*, 20, 2002, 155–156.

[69] Ratner, "Corporations and Human Rights", 499–500. State instructions were defined by Ratner as the "least common denominator" of the differing jurisprudence (i.e. the ICJ in the *Nicaragua* case, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the *Tadić* case and the European Court of Human Rights in the *Loizidou* case) to determine the necessary state control over private actors with the view to assess attribution to the state. *Ibid*., 499.

[70] Arts. 5, 8 and 9 of the Articles on States Responsibility with Commentaries.

[71] See also Baez *et al*., "Multinational Enterprises and Human Rights", 254: "Where an MNE [multinational enterprise] becomes involved in transporting troops and providing military equipment, for example, it may well cross the line from private party to state actor. One reason for imposing human rights duties on states is the very fact that they have access to such potentially oppressive military power. When MNEs implicate themselves in that power, it seems only appropriate that they should be subject to the same duties."

thus not deal with the question of due diligence in any detail.[72] By asserting the responsibility of a state because of a lack of due diligence, one is not affirming that the state itself has committed the unlawful act that occurred. Rather, the state's responsibility is engaged because it committed a separate violation of international law by not taking all of the necessary measures available to prevent or to punish the occurrence of a specific act.[73]

Due diligence is an obligation of conduct and not of result.[74] Obligations of result are those obligations that require states to reach a given result, the responsibility of the state being engaged as soon as that result has not been reached. Due diligence obligations, on the other hand, are not focused on the result to be reached, but rather on the particular course of conduct a state must follow to attain or to avoid a given result. The responsibility of the state is not necessarily engaged when the result in question has (or has not) been reached—in addition, it is necessary to prove that the state did not adopt the conduct required by the primary norms.

To judge whether the state has behaved diligently, its conduct is measured in light of the circumstances of the case. Elements used by international tribunals for this purpose are described as including the "degree of the effectiveness of the state's control over the territory", the "importance of the interest to be protected" and "the degree of predictability of the violation".[75] In addition, the degree of danger involved may also be a factor in measuring the level of

---

[72] The commentary states in passing: "[w]hether responsibility is 'objective' or 'subjective' in this sense depends on the circumstances, including the content of the primary obligation in question. The articles lay down no general rule in that regard. *The same is true of other standards,* whether they involve some degree of fault, culpability, negligence or *want of due diligence*. Such standards vary from one context to another for reasons which essentially relate to the object and purpose of the treaty provision or other rule giving rise to the primary obligation." Articles on State Responsibility with Commentaries, 34, para. 3 (emphasis added). On the historical origin of the notion of due diligence, see more generally: J.A. Hessbruegge, "The Historial Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law", *New York University Journal*, 36, 2004, 265–306.

[73] See ICJ, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America* v. *Iran)*, Judgment, ICJ Reports 1980, 30, para. 61.

[74] On this distinction see most notably P.-M. Dupuy, "Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility", *European Journal of International Law*, 10, 1999, 371–385. Among the pioneer studies on due diligence see also: P.-M. Dupuy, "Due Diligence in International Law of Liability", *Legal Aspects of Transfrontier Pollution*, Paris, OECD, 1977, 369–379.

[75] R. Pisillo Mazzeschi, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", *German Yearbook of International Law*, 23, 1992, 9–51, at 44.

diligence required.[76] Finally, the obligation to exercise due diligence is measured according to an objective criterion.[77]

Obligations of due diligence exist in many fields of international law, including the law of neutrality, diplomatic protection, human rights, or the protection of the environment. In addition, states must take measures to avoid their territory being used to violate the rights of other states.[78] Given the multiplicity of areas of international law where the duty is invoked, some authors have even considered that it should not be restricted to some fields of international law, but that it is a "basic principle of international law".[79] Be it as it may, no one denies that the degree of diligence to be exercised depends on the primary rule concerned.

International human rights law provides a telling illustration of the normative potential of due diligence obligations with respect to private actors. International tribunals and monitoring bodies of human rights treaties have considered on many occasions that states are not only obliged to respect the conventions with regard to acts of their own organs or agents; in addition, they are obliged to protect the rights, i.e., to ensure that the rights are respected in the private sphere. By virtue of this duty, states must take the necessary measures to ensure that private persons or entities do not violate the rights of other individuals. The Human Rights Committee considered in *General Comment No. 31* that:

> the positive obligation on states Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected [...] against acts committed by private persons or entities [...] There may be [...] violations by states Parties of those rights, as a result of states Parties' permitting or failing [...] *to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities.*[80]

---

[76] A. Freeman, "Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 88, 1955, 278, citing US case law.

[77] Pisillo Mazzeschi, "The Due Diligence Rule", 42, demonstrates that due diligence does not require an investigation into the subjective attitude of fault on the part of an individual acting as a state organ.

[78] ICJ, *Corfu Channel Case (UK* v. *Albania)*, Merits, ICJ Reports 1949, at 22, and the arbitration on the *Island of Palmas (Netherlands/USA)* (1928) 2 RIAA 829, at 839.

[79] L. Condorelli, "The Imputability to States of Acts of International Terrorism", *Israel Yearbook on Human Rights*, 19, 1989, 233–246, at 240; R.T. Bardnige, "The Due Diligence Principle Under International Law", *International Community Law Review*, 8, 2006, 8–121, at 121. For Timo Koirurova the due diligence principle "can most appropriately be treated as a general principle of law, the third source of international law as provided in the Statute of the ICJ". T. Koivurova, "What Is the Principle of Due Diligence", in J. Petman & J. Klabbers (eds.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, 344.

[80] Human Rights Committee, *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, para. 8 (emphasis added).

Among many other similar restatements, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women has reaffirmed that:

> Under general international law and specific human rights covenants, States may also be responsible for private acts if they fail to act with due diligence to prevent violations of rights or to investigate and punish acts of violence, and for providing compensation.[81]

In *Velásquez Rodríguez*, the Inter-American Court of Human Rights added that:

> An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention.[82]

Taking this idea one step further, the very notion of due diligence can have a consequential effect on the addressees of the international rules for which the violation has to be prevented or redressed. As soon as there is state responsibility in accordance with the notion of due diligence, one may assume that the violation in question has been—or at least will be—committed by private actors which are thus the holder of the relevant international obligation. Otherwise no breach can be attributed to them and there is no ground for justifying the duty of the state to act in due diligence to prevent, investigate or redress violations. In other words, as violations are not directly imputable to the state itself, private actor must be considered the direct bearer of the violated rule. Hence the state duty of due diligence presupposes the horizontal application of human rights.

Such a conclusion is not only implicit in the notion of due diligence as inferred from the regime of state responsibility. It is further required by international human rights law for ensuring effective respect of human rights. No one can deny that basic rights can and are violated by private persons, whether natural or juridical. Against such a frame, due diligence is apt to play a pivotal role for ensuring accountability of both states and non-states actors. It has been rightly established as a central device by the United Nations Framework and the Guiding Principles on Business and Human Rights.

---

[81] Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Comment 19: Violence against Women*, UN Doc. A/47/38, 1992, para. 9. See also Art. 4(c) of the *Declaration on the Elimination of Violence against Women* (GA Res. 48/104, in UN Doc. A/48/49, 20 Dec. 1993) and the *Beijing Declaration and Platform for Action* adopted by the Beijing Fourth World Conference on Women which both reaffirmed this principle (*Report of the Fourth World Conference on Women, Beijing, 4–15 September 1995*, annexed to UN Doc. A/CONF.177/20/Rev.1, 1995).

[82] *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (Judgment) (1988) Series C, No 4, 29 July 1988, paras. 172 and 174. See also European Court of Human Rights, *Osman v. the United Kingdom* (1998) Appl. No. 23452/94, ECHR 1998-VIII, para. 115; African Commission on Human and Peoples' Rights, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria* (2001) Comm. No. 155/96.

However, this soft law endorsement of due diligence has been done at the price of some curious confusion. On the one hand, both documents rest on three pillars which heavily draw on due diligence:

> The first is the State duty to protect against human rights abuses by third parties, including business enterprises, through appropriate policies, regulation, and adjudication. The second is the corporate responsibility to respect human rights, which means that business enterprises should act with due diligence to avoid infringing on the rights of others and to address adverse impacts with which they are involved. The third is the need for greater access by victims to effective remedy, both judicial and non-judicial. Each pillar is an essential component in an inter-related and dynamic system of preventative and remedial measures . . . .[83]

On the other hand, references to due diligence in the Guiding Principles are ambiguous. The term as such may have two different meanings. In the business community, it refers to a set of voluntary processes used by businesses to manage risks to the business, whereas for lawyers this is a legal standard of conduct grounded on both domestic and international law.[84] This so-called constructive ambiguity was perhaps instrumental in attracting broad support for this initiative among states and corporations. The obvious risk however is to undermine any sense of accountability for private actors. Indeed the Guiding Principles have been frequently criticized for their loosely terms and vague guidance.[85]

---

[83] *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie*, 2011, 4.

[84] J. Bonnitcha & R. McCorquodale, *Is the Concept of 'Due Diligence' in the Guiding Principles Coherent?*, 29 Jan. 2013, available at: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2208588. For a telling illustration of the gap between the business community and the legal one, see: M.B. Taylor, L. Zandvliet & M. Forouhar, *Due Diligence for Human Rights: A Risk-Based Approach*, Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 53. Cambridge, MA, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2009.

[85] For a critical comment of the Guiding Principles see notably: R. Mares (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012; R.C. Blitt, "Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embracive Approach to Corporate Human Rights Compliance", *Texas International Law Journal*, 48(1), 2012, 33 and ff.; N. Jägers, "Column: UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway Towards Real Corporate Accountability?", *Netherland Quarterly of Human Rights*, 29(2), 2011, 159–163; T. Lambooy, "Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights", Netherland Quarterly of Human Rights, 28(3), 2010, 404–448. See however: Alvarez, "Are Corporations Subjects of International Law", 32–33. Among the numerous critics raised by non-governmental organizations, see also: *Joint Civil Society Statement on the Draft Guiding Principles on Business and Human Rights*, FIDH, 3 Mar. 2011, available at: http://www.fidh.org/Joint-Civil-Society-Statement-on,9066; Amnesty International, Public Statement, *United Nations: A Call for Action to Better Protect the Rights of Those Affected by Business-Related Human Rights Abuses*, Amnesty International, 14 Jun. 2011, available at: http://www.amnesty.org/ar/library/asset/IOR40/009/2011/en/0ba488bd-8ba2-4b59-8d1f-eb75ad9f3b84/ior400092011en.pdf; and Human Rights

Overall, the Guiding Principles are both politically correct and legally disputable. They are politically correct in paying tribute to the state and trying to reconcile business with human rights. However they are legally disputable in their confused use of key notions, such as "responsibility to respect" and "due diligence". For international lawyers, there is something wrong in asserting that corporations have only the responsibility to respect human rights[86]—by contrast to the additional state responsibility to protect and fulfil—, while elaborating the corporate responsibility to respect by reference to due diligence[87] which is supposed to be the exclusive attribute of the state.

The result of such conceptual cacophony may be a dilution of responsibility for both states and corporations. A possible rationale would be to define due diligence by reference to international law when it concerns states and to understand it as a term of risks management once applied to corporations. However such a double standard inevitably begs the question of the added value of the Guiding Principles which are supposed to "be understood as a coherent whole . . . [with the] objective of enhancing standards and practices" in accordance to its preamble.[88] Without any doubt, the search for consensus among both states and business enterprises has been done at the detriment of legal clarity. Quite ironically general international law can be more *avant-garde* than the most recent soft law instrument.

Watch, *UN Human Rights Council: Weak Stance on Business Standards*, Human Rights Watch, 16 Jun. 2011, available at: http://www.hrw.org/en/news/2011/06/16/un-human-rights-council-weak-stance-business-standards.

86 According to Principle 15, "In order to meet their responsibility to respect human rights, business enterprises should have in place policies and processes appropriate to their size and circumstances, including: (a) A policy commitment to meet their responsibility to respect human rights; (b) A human rights due-diligence process to identify, prevent, mitigate and account for how they address their impacts on human rights; (c) Processes to enable the remediation of any adverse human rights impacts they cause or to which they contribute."

87 Principle 17 defines what it is called "human rights due diligence" in relatively evasive terms: "In order to identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts, business enterprises should carry out human rights due diligence. The process should include assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses, and communicating how impacts are addressed. Human rights due diligence: (a) Should cover adverse human rights impacts that the business enterprise may cause or contribute to through its own activities, or which may be directly linked to its operations, products or services by its business relationships; (b) Will vary in complexity with the size of the business enterprise, the risk of severe human rights impacts, and the nature and context of its operations; (c) Should be ongoing, recognizing that the human rights risks may change over time as the business enterprise's operations and operating context evolve."

88 Paragraph 3.

5. Conclusion

As exemplified by the Guiding Principles on Business and Human Rights, we should definitively come back to the basics. The notion of due diligence under general international law may fill the gap between personality and accountability. Two main reasons can be advanced. First, from a systemic perspective, the state's duty of due diligence may be revisited to assert that private actors are the addressees of the primary obligation to respect the relevant rule. Though they are not generally speaking a subject of international law on their own, corporations are still accountable for violations on the basis of the state's duty to act in due diligence. Following this stance, corporations are thus bound by an international rule through the notion of due diligence.

Second, the state's duty of due diligence and the international personality of multinational corporations can be mutually reinforcing on a more practical plane. As observed above, according to the *Reparation Case*, a functional personality can be attributed to them by some internationalized contracts and treaties. Integrating such legal instruments a standard clause recalling the duty of corporations to respect some basic rules of international law—including human rights law—can be an important tool for states to fulfil their obligation to prevent violations as inferred from their own duty of due diligence. Clearly, due diligence is the way forward to end the vicious circle of impunity and inaugurate a virtuous circle of accountability.

There is something paradoxical to conclude that the way forward is to come back to the basics, for general international law is typically associated with a certain form of conservatism. However it can still pave the way for innovative approaches to tackle contemporary challenges of the international community. There is perhaps nothing very comforting in this. The debates surrounding the accountability of multinational corporations reflect in turn the broader evolution of contemporary international law and its contradictions.

Even if the state remains the primary subject of international law in every sense of the word, it must contend with a multitude of other international actors, including international organizations, non-governmental organizations, individuals and multinational enterprises. In such societal context, public international law is no longer confined to being a neutral instrument of adjustment between sovereign states. It increasingly appears as a vehicle for change for all humanity, be it in the economic, social, environmental or other spheres. International law has evolved from a law of coexistence, founded on the juxtaposition of sovereign entities, towards a law of interdependence, whereby various issues call for a global response that transcends, or even eclipses, the state.

CHAPITRE SIX

OUVERTURE DE LA RÉFLEXION SUR LE DROIT INTERNATIONAL À LA SCIENCE DES SYSTÈMES

Philippe Weckel*

Les spécialistes du droit international sont habités par une obsession harmoniste que chacun exprime à sa manière, en fonction de son tempérament, de sa connaissance de la matière et de ses réflexions personnelles. C'est toujours le changement, appréhendé ou souhaité, qui provoque l'interrogation sur l'unité ou la cohérence du droit considéré dans son ensemble. Le spécialiste est en effet confronté à cette problématique chaque fois que la nécessité s'impose à lui d'intégrer les modifications structurelles du droit international qui marquent son évolution. Qu'il s'érode ou qu'il se fragmente le monolithe subit l'assaut du temps. Ce dernier est donc son ennemi. Le changement introduit la rupture, la fêlure, le désordre. Ainsi, le temps, présent et futur, est une épreuve imposée à l'acquis immuable, à l'œuvre patiemment construite dans l'effort. Pierre-Marie Dupuy est de ceux qui ne se satisfont pas de ce discours convenu sur les risques de la complexification du droit international, sur l'antagonisme que susciteraient les nouvelles valeurs qu'il intègre, la crainte du changement en somme. Il développe une théorie de l'ordre en mouvement qui est aussi une approche pacifiée du droit international. Les tensions antagonistes sont dans la nature de ce droit, parce qu'il reflète la société qu'il régit. La dialectique dirige son évolution.

Précisément, Pierre-Marie Dupuy nourrit sa pensée des concepts de la philosophie. On tentera ici d'exposer une méthode d'analyse qui a fait ses preuves dans toutes les autres disciplines des sciences de la nature et des sciences humaines. En effet, la théorie systémique propose elle aussi une approche holistique du droit international qui introduit le mouvement et intègre l'ordre dans l'évolution. Approches philosophique et scientifique sont convergentes et cette constatation suffit à dispenser d'en apprécier les mérites respectifs.

* Professeur à l'Université de Nice Sophia/Antipolis.

Néanmoins on plaide ici pour cette théorie des systèmes complexes. Il convient d'observer que la dynamique des systèmes est issue des travaux de la cybernétique, la science des systèmes artificiels développée dans les années 1950. Elle provient donc des sciences de l'ingénieur et cette origine explique son caractère opérationnel et sa portée pratique. Elle s'est très bien acclimatée dans les autres disciplines de la connaissance au point que son impact sur le savoir humain n'est sans doute pas loin d'égaler celui de la révolution copernicienne ou du positivisme analytique. Elle ne renie pas ce dernier, mais le dépasse en réintroduisant la question du 'pourquoi' qu'Auguste Comte avait dramatiquement écarté du discours scientifique, désormais limité pour longtemps au 'comment'. Il est utile de rappeler qu'Auguste Comte aurait inspiré Hans Kelsen et le normativisme.

Les progrès des théories scientifiques ont toujours alimenté la réflexion des juristes. On doit à l'influence de Durkheim sur Georges Scelle la naissance de l'école objectiviste du droit international à l'époque où la sociologie brillait de tous ses feux. A l'ère des systèmes artificiels et du numérique seront-ils systémistes ?

Par sa discipline le juriste est un honnête homme capable d'une représentation unifiée du savoir. En effet toute analyse d'une situation juridique impose d'abord le jugement porté sur les faits dans leur matérialité. On ne fera pas accroire qu'il est possible de comprendre le droit international relatif à la non-prolifération sans aucune connaissance technique synthétique des activités nucléaires et spatiales. Face à l'expert scientifique généralement mandaté pour une cause, le juriste est contraint de se déterminer par soi-même. Or, descendants de Montesquieu, nous n'avons pas le même esprit. Comment imaginer que la physique quantique, le fait de savoir qu'une particule peut se trouver simultanément ici et ailleurs, donc dans deux états différents (chat vivant et mort à la fois disent les spécialistes) n'aurait pas modifié notre représentation unifiée de la Connaissance ? Va-t-on continuer à évoquer l'environnement humain, voire l'approche écosystémique de la gestion des ressources halieutiques sans s'approprier la méthode d'analyse et l'organisation générale des idées qui déterminent ces concepts de notre temps ?

Le spécialiste de droit interne n'est guère préoccupé par l'évolution du droit, c'est-à-dire sa dimension temporelle. Il voit l'ensemble normatif comme un édifice, pyramide ou cathédrale qui défie le temps. Le légiste est bâtisseur. Pour le juriste positiviste, le droit en tant que système est en général la représentation de l'état d'une structure complexe au moment de l'observation. Pour lui, l'évolution n'est pas un mouvement, mais une succession d'états stables et indépendants, une série de photographies prises à des moments différents. Dans cette approche architecturale la modification du droit en vigueur ne soulève pas de difficulté particulière : le législateur en apportant des modifications à l'édifice établit un nouvel équilibre structurel qui se substitue au précédent.

L'unité et la cohérence d'un bâtiment résultent de la hiérarchie de ses éléments : chaque moellon, chaque bloc est lié à l'ensemble architectural par sa position et sa masse. La verticalité de l'ordre juridique reproduit cette logique de l'empilement qui vient naturellement à l'esprit de l'homme par sa connaissance

intuitive de son environnement terrien. La supériorité contraint le niveau inférieur : elle le domine par l'effet de la gravité. La hauteur procure un avantage de puissance. La hiérarchie des normes coïncide avec une hiérarchie des pouvoirs de manière à ce que le droit puisse remplir sa fonction de régulation sociale. La pierre qui forme la pointe supérieure de la pyramide des normes (ou bien la tuile faîtière) remplit la fonction symbolique de représenter l'unité de l'édifice : la norme hypothétique fondamentale, le contrat social, etc. Sur une construction de l'ordre juridique étatique en cathédrale l'élément fondamental, la clé de voute, domine effectivement la structure.

Les tentatives de transposer à la science juridique l'apport de la théorie et de la méthode systématiques, la science des systèmes, ont été jusqu'à présent vouées à l'échec. Certes les sciences de la nature, de l'ingénieur, humaines et sociales, en somme tous nos collègues de l'Université, y font aujourd'hui largement appel et l'organisation du droit en système n'est pas discutée. Les juristes semblent donc résister à la 'systémique' comme un certain village gaulois… Ils sont seuls à ne pas en vouloir et pourtant ils ont raison envers tous, dans une certaine mesure. En effet, l'emprunt de la systémique est inutile et artificiel si on prétend l'intégrer à une analyse architecturale (structurelle) du droit. Un fractal est certainement le perfectionnement le plus harmonieux d'un ordre complexe, mais la 'science des systèmes' ne s'applique pas à cette complexité figée. Elle n'est utile qu'à l'analyse des *systèmes dynamiques*. Elle implique par conséquent de restaurer la dimension temporelle de l'objet étudié : on observe ici un film, pas une photographie. La systémique est avant tout une science de l'évolution. Elle met en évidence des *relations non-linéaires*, c'est-à-dire ne pouvant être décrites par des lois mathématiques continues et additives et des interactions circulaires (réciproques) entre les éléments. La pierre faîtière pèse sur l'ensemble de la pyramide des normes, y compris l'extrémité de sa base. La masse établit ainsi une relation linéaire entre les éléments de l'édifice, du sommet vers la base. Or le moellon de l'une des pointes de base de la pyramide peut-il aussi 'discuter' avec la pierre faîtière ? Si cette relation inverse existe, si des interactions réciproques apparaissent par-delà la linéarité de la hiérarchie des normes, la méthode systémique peut être utile à l'analyse du droit en tant que système. Par conséquent il faudrait d'abord cesser de considérer les normes juridiques comme des briques empilées et l'ordre seulement comme une architecture avant de s'interroger sur l'apport éventuel de la science des systèmes.

On se gardera ici d'émettre une hypothèse sur la pertinence de l'approche systémique dans la philosophie du droit. Le droit international s'organise en tant que système d'une manière très différente du droit interne et l'analyse présente sera limitée à cette observation qui n'est pas originale. En effet, l'ordre juridique étatique est essentiellement newtonien, parce que l'Etat est soudé à la terre ferme. Il est situé et posé alors que le droit international flotte. On ne peut se représenter ce dernier comme un édifice vertical, une pyramide, dont l'unité serait maintenue par sa masse. Il est aussi globalement autonormateur dans ce sens que les

destinataires immédiats, les Etats principalement, sont aussi essentiellement les sujets auxquels les normes sont attribuées. Il demeure également globalement volontariste alors que le droit étatique reste l'ordre de la contrainte légale, la puissance d'une autorité supérieure. Dans une large mesure l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique international sont donc antithétiques. Au sein de ce dernier la relation hiérarchique est marginale et, par conséquent, les relations entre les normes sont essentiellement d'une nature différente de celles qui dominent au sein de l'ordre domestique. La différence de nature avec le droit interne ouvre ainsi la possibilité de considérer l'intérêt de la théorie systémique, non pour l'analyse juridique en général, mais pour comprendre le fonctionnement du droit international dans sa globalité.

La méthode positiviste d'Auguste Comte vise à réduire la complexité. Sur le platane qui tombe sous mon regard elle m'enseigne qu'il peut être ramené à une série de processus physico-chimiques. Je comprends la photosynthèse et la montée de la sève dans la ramure, mais cette logique déductive fondée exclusivement sur la causalité n'est pas en harmonie avec ma connaissance intuitive de l'arbre. Je le considère en effet essentiellement comme un individu, c'est-à-dire un être singulier, que l'ombre crépusculaire réduit à une simple forme sombre se distinguant de son environnement, sans s'en détacher. Je le revois comme tige alors que j'observe sa ramure désordonnée envahir aujourd'hui l'espace. Il a donc conservé son individualité à travers la transformation progressive de son apparence. Il manquait ainsi au réductionnisme d'Auguste Comte, à ce positivisme forgé au XIX^{ème} siècle, une science du Tout. La complexité n'est pas entièrement réductible et le tout n'est pas la somme de ses composantes. La complexité génère des phénomènes irréversibles et imprévisibles qui échappent au paradigme positiviste. La systémique élaborée dans les années 1970 apporte ainsi cette approche complémentaire qui enrichit la connaissance sans la corrompre. Elle n'est pas révolutionnaire et le premier manifeste de la pensée systémique peut être attribué à Pascal (*Pensées*) :

> Toutes choses étant causées et causantes, aidées et aidantes, médiates et immédiates, et toutes s'entretenant par un lien naturel et insensible qui lie les plus éloignées et les plus différentes, je tiens impossible de connaître les parties sans connaître le tout, non plus que de connaître le tout sans connaître particulièrement les parties.

Quel magnifique plaidoyer pour l'unité de la complexité qui pourrait être adressé à ceux qui se disant généralistes du droit international ne veulent rien connaître des spécialités qui émergent en son sein, comme à ceux qui voient dans cette ramification le dépassement d'un ordre ancien dont il annoncerait le dépérissement.

Mon affinité avec la science des systèmes est ancienne, tant d'ailleurs que l'origine de cette acquisition se perd dans les replis de la mémoire. Or on ne peut pas séparer l'approche holistique de l'analyse d'un problème de droit déterminé. L'esprit a besoin de se représenter un paysage constitué de plans successifs dans lequel il situe l'objet de son observation. La théorie systémique m'apporte un cadre général qui libère l'esprit dans l'observation concrète. Elle est en harmonie

avec la constatation empirique d'une matière qui change imperceptiblement à chaque instant. Elle conforte ma conviction que le positivisme juridique impose de saisir le droit sur le vif, que le droit conservé par la pensée universitaire est une collection de monstres dans des bocaux de formol, mais n'est pas le droit. Mon intérêt pour la méthode systémique se limite ainsi à l'utilité concrète qu'elle me procure dans mon travail et n'en est donc pas l'objet. Par conséquent, mon propos n'est pas d'échafauder une nouvelle théorie du droit international : au mieux l'approche systémique ne serait que la conceptualisation d'un pragmatisme juridique détaché de toute tentation platonicienne. Il n'est pas non plus de rallier le lecteur à une cause, mais de témoigner d'une expérience et d'une pratique personnelles. Ma réticence à livrer ce témoignage se nourrit également de la conscience aigüe des difficultés qui attendent cette entreprise didactique. Les juristes ne sont pas préparés à recevoir cette 'science du Tout' et n'ont pas de raison *a priori* d'y accorder l'attention soutenue qui serait nécessaire à sa compréhension. Elle requiert, en effet, l'acquisition d'un vocabulaire étranger et, en tant que méthode, elle impose un cheminement précis.

L'initiation au discours propre à la pensée systémique ouvre cet apprentissage (1). Suit un difficile forçage de l'esprit qui doit entrer dans une méthode interdisciplinaire (2 et 3). Enfin, l'expérimentation de cette méthode porte sur une propriété précieuse du système, la redondance (4). On montre ainsi l'apport de la science du Tout à l'analyse du droit à la nationalité (5). Si le lecteur se forge la conviction que tout cela est finalement banal, que les concepts d'entropie du système, de boucles de rétroaction, etc. décrivent des évidences anciennes de manière exagérément savante, j'aurai peut-être réussi cette entreprise ardue.

1. Les clés de la systémique

Complexité et dynamique. Un système est en ensemble d'éléments en interaction. La systémique offre une méthode d'analyse des systèmes qui sont à la fois complexes et dynamiques. La complexité diffère de la complication. Un objet ou une situation compliquée ne se laisse pas appréhender facilement, mais cette difficulté peut au moins théoriquement être surmontée par un effort d'analyse. La complexité se réfère au grand nombre d'éléments assemblés. Elle se définit par opposition à la simplicité. Un système est simple lorsqu'il peut faire l'objet d'une analyse expérimentale et qu'il est reproductible. A contrario l'imprécision, l'aléa et l'ambiguïté caractérisent la complexité. Ainsi la systémique offre une nouvelle approche de la réalité qui intègre les aspects considérés par le rationalisme analytique comme a-scientifiques. Le juriste qui manie des valeurs et non des grandeurs ne sera pas déconcerté par cette approche du flou et de l'imprécis.

La théorie systémique fait de l'instabilité un caractère du système. L'instabilité est dans sa nature et jusqu'à un certain point elle 'normale'. Cette théorie conforte ainsi l'approche de Pierre-Marie Dupuy qui décrit la tension dialectique qui habite le droit international. Elle prend appui sur un concept scientifique et

technique, l'*entropie* qui est la mesure de l'instabilité d'un système. Par exemple le fonctionnement de l'ordinateur génère de la chaleur et tant qu'il est ventilé cette entropie ne menace pas ce système. Un système dynamique présente donc une combinaison permanente de déséquilibre et d'ordre. Il est comparable à un vélo qui compense son instabilité par le mouvement. Ainsi l'observateur transcende la contradiction entre équilibre et déséquilibre, ordre et désordre en restaurant la dimension temporelle de l'objet : le vélo est stable pendant sa course.

Une dynamique du maintien contribue donc à la stabilisation permanente du système. En effet, ce dernier développe une capacité de résistance aux perturbations appelée *homéostasie* (tendance à se perpétuer à l'identique). Dans l'ordinateur l'augmentation de chaleur est gérée par la ventilation. Il s'agit bien d'un phénomène dynamique, puisqu'elle s'adapte au besoin. Même la ventilation naturelle varie, car la convection de l'air s'accroît si la différence de température à l'intérieur avec l'air ambiant augmente. On comprend que, dans cette analyse du droit en tant que système dynamique, l'homéostasie remplit cette fonction d'ordre que la théorie classique attribue à la hiérarchie des normes.

Un ensemble non 'verticalisé' comme le droit international n'est pas anarchique (bric-à-brac) parce qu'il forme un système capable de s'autoréguler et même de s'auto-adapter grâce à des réajustements permanents. On prête donc au système un comportement, une conduite, introduisant ainsi l'idée de *finalité* : il est porté à se stabiliser.

Analyses structurelle et fonctionnelle. La systémique combine ces deux analyses. L'arbre évoqué précédemment est une silhouette au crépuscule. L'ensemble complexe est réduit à une forme qui se distingue de son environnement. Les scientifiques parlent de la 'frontière' du système en tant que premier élément structurel. Durant le jour l'arbre révèle son architecture. On dit qu'un système présente en son sein une structure en réseau ou en *arborescence.*

Toutefois, c'est l'analyse fonctionnelle qui caractérise le mieux les systèmes dynamiques. Ils ont une finalité. La finalité est aussi un assemblage évolutif. L'arborescence du système relie les parties entre elles par ordre de complexité croissante. Chaque partie est un (sous) système, qui peut être un système à part entière ou une simple brique. On parle du (sous) système osseux (le squelette), musculaire, nerveux. Or le système de la motricité emprunte des éléments à ces trois systèmes. On observe que le système est capable de mobiliser toutes ses ressources pour une fonction particulière : il y a un organe dédié à la communication par la production de sons, mais l'être humain s'exprime aussi par les gestes, les mimiques, le regard, la posture, l'écriture. Ces phénomènes s'expliquent par la *redondance* que développe la complexité. On voit que la complexification d'un système fait naître des relations fonctionnelles qui ne sont plus commandées par la parenté (caractères communs) ou la proximité (liaisons). La complexité établit des relations qui permettent d'optimiser la réalisation des finalités qu'acquiert le système.

Les normes sont des artefacts, des outils abstraits de la régulation sociale. L'approche fonctionnaliste qu'apporte la théorie systématique semble donc en harmonie avec la nature des normes juridiques. Les juristes sont habitués à introduire la finalité dans l'analyse du droit (commune intention des parties, objet et but du traité). La systématique, approche holistique, leur propose une conception du Tout en tant qu'ordre finalisé. La norme devient l'élément structurel (organe) d'un corps global (*corpus iuris*) habité comme elle par une finalité. L'ensemble est évolutif et capable d'acquisition par la réception d'éléments extérieurs et l'adaptation. Cette évolution s'explique par l'ouverture du système dynamique sur son environnement avec lequel il forme un *écosystème*.

Ouverture du système dynamique sur son environnement. Un système est un objet qui a des activités, échange de l'information avec son environnement et est capable de garder son identité pour atteindre une finalité. Réinséré dans la dimension temporelle, l'objet s'anime. Il découvre sa nature qui échappait à sa représentation figée : l'objet est un processus. Qualifier le droit international dans son ensemble de système dynamique revient ainsi à le considérer comme un processus. Le 'principe de la boîte noire' (*black box*) permet de modéliser le plus simplement possible cet objet animé. Jean-Louis Lemoigne le décrit de cette manière :

> Son énoncé est succinct : tout objet identifiable l'est a priori dans des processus, et on le représentera au sein de ces processus (qu'il y soit acteur ou agi, ou les deux), par ses transactions à chaque instant avec ces processus ; non pas une boîte noire passive et fermée, mais un engin noir, recevant, ou prélevant, d'autres objets actionnés par les processus : les intrants à l'instant t[IN(t)], et les émettant ou les restituant après processement : les extrants à l'instant t[EX (t)]. L'imagerie mécanique ne sert ici qu'à stimuler l'imagination : cette règle de la boîte noire se prête indifféremment à la modélisation d'un objet conceptuel et abstrait, ou d'un objet concret, voire d'un Système de Représentation. Par son universalité et sa compatibilité avec les fondements épistémologiques que l'on a retenus, la règle de la boîte noire va devenir la première règle de la systémographie : c'est elle qui va nous fournir la définition phénoménologique de l'artefact Système Général que nous devons caractériser[1].

Ce que décrit le modèle de la 'boîte noire' n'est pas seulement la tolérance ou la non-indifférence du système à l'égard de son environnement. En effet, les échanges, l'interaction avec le milieu, sont l'essence même de son dynamisme. On peut illustrer cette proposition par l'intuition commune liant l'existence humaine au souffle de la vie, inspiration et expiration. Aussi l'"engin noir' de

[1] J.-L. Lemoigne, *La théorie du système général, théorie de la modélisation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1977, 93 ; cet ouvrage classique a été réédité à plusieurs reprises et sur Internet en 2006 amélioré par l'auteur : http://www.intelligence-complexite.org/inserts/ouvrages/0609tsgtm.pdf.

Jean-Louis Lemoigne est-il fréquemment qualifié de 'transformateur' 'recevant des informations et les émettant ou les restituant après processement'.

Fonctionnement de la boîte noire. Pour le comprendre, il est nécessaire d'intégrer le concept de *boucle de rétroaction*. La rétroaction est le mécanisme qui détermine à la fois le développement du système et le maintien de l'équilibre. Le 'transformateur' transforme les entrées en sorties. Par entrée on désigne l'influence de l'environnement sur le système et par sortie l'effet du système sur l'environnement. Or l'action du système sur l'environnement s'exerce aussi sur les intrants, comme l'action internationale de l'Etat consiste aussi à contrôler les flux migratoires ou à préserver son intégrité territoriale. Ce type de réaction est désigné par l'expression de boucle de rétroaction. Ces boucles ont une polarité, négative ou positive. L'injection de données de sortie vers l'entrée (rétroaction) peut en effet être amplifiante : elle facilite l'entrée et elle génère ainsi la dynamique du changement à l'intérieur du système. Elle peut aussi être stabilisante et contribuer ainsi à la dynamique de l'équilibre du système. La polarité peut enfin être ambivalente, variant selon les circonstances. On dit alors que *la boucle est ago-antagoniste*. Or les boucles de rétroaction du système normatif appartiennent nécessairement à cette troisième catégorie. En effet, une différence de traitement ne peut être justifiée que par une différence de situation : le traitement varie donc en fonction de la situation.

S'il reste au lecteur une petite capacité d'attention, on l'invite encore à s'arrêter un instant sur cette splendide conclusion : les boucles de rétroaction du système normatif sont *ago-antagonistes*. Voilà assurément une manière inédite de formuler le principe d'égalité devant le droit ! Si la théorie systémique a accumulé les termes savants au cours de sa traversée des différents domaines de la connaissance, on discerne tout de même – non sans effort, hélas – une réalité très familière derrière le jargon. Néanmoins, cette théorie nous ramène aussi à une réflexion de bon sens. Le droit international est un 'transformateur' : il reçoit de l'information de la société internationale et il adresse des informations à cette dernière. Lorsque nous achetons un transformateur 6 ou 12 volts le vendeur nous interdit de l'ouvrir. Pour savoir ce qu'est cette petite boîte, il n'est pas nécessaire de considérer son contenu. C'est heureux parce qu'il faudrait pour cela la détruire. Tel est le principe de la boite noire. Lorsque l'on a identifié cet objet par sa fonction, il est possible de soulever le couvercle pour découvrir le contenu (principe de la boîte blanche). Qui a l'esprit d'horloger (mécaniciste) du XVIII^{ème} siècle n'y trouvera pas les rouages qu'il attend : le transformateur n'est pas une horloge. L'homme n'est pas un automate. L'horloge comtoise d'Auguste Comte ne produit pas le temps, ni l'heure[2]. Or le droit international est créateur : le système du droit international est un 'transformateur'.

[2] L'horloge n'est qu'un instrument de mesure de la durée qui correspond à la distance parcourue par un mouvement constant depuis un instant initial. Le procédé ne change

2. Le principe de la boîte noire appliqué au droit international

> Un système est une grosse boîte noire dont on ne peut ouvrir les fermoirs. Tout ce que l'on peut indiquer le concernant est ce qui en sort, et ce qui entre dedans[3].

Un système est donc comme la lampe d'Aladin : ce n'est pas en l'ouvrant qu'on en trouve le génie. Ouvrir l'une, c'est perdre l'autre. Pour se représenter le droit international en tant que système, il est indispensable d'enfermer mentalement dans une boîte l'ensemble des normes relevant de ce droit et de s'interdire de l'ouvrir avant d'avoir obtenu la réponse à la bonne question. Jean-Claude Lemoigne livre la clé de cette démarche :

> « Ça fait quoi dans quoi ? » Le caractère brutal et cavalier de la question a le mérite de son économie mnémotechnique. C'est peut-être en effet par la priorité explicite donnée à la perception d'une activité dans un environnement que la modélisation systémique accuse le plus nettement son originalité… et sa fécondité. Au lieu de prendre un bistouri, de découper pour tenter de découvrir l'hypothétique mécanisme explicatif, attendre et décrire des comportements, des activités : au lieu du « de quoi c'est fait ? », partir du « qu'est-ce que ça fait ? »[4]

« Qu'est-ce que ça fait ? » On suppose donc que le système produit quelque chose. Il est fécond. S'agissant du système du droit la première réponse venant à l'esprit est qu'il emmagasine des normes, puisqu'il est un ensemble de normes (2.1). La réflexion sur l'utilité sociale du droit conduit aussi à énoncer une fonction de rétribution du comportement social (2.2).

2.1. *La fonction d'incorporation*

La manière dont la question a été amenée par Jean-Louis Lemoigne comporte déjà une partie de la réponse. En effet, le système/boite noire contient toutes les normes dont il a déterminé la validité et la vigueur. On constate ainsi que le système du droit international a d'abord pour *fonction d'incorporer* dans l'ensemble qu'il constitue toutes les normes qui en relèvent. On identifie ainsi un premier

---

pas fondamentalement par rapport à la clepsydre antique : un échappement contrôlé d'énergie et la mesure du résultat. La véritable invention a été de graduer un vase percé pour diviser la durée en périodes égales. Qu'on ait par la suite remplacé le simple écoulement d'un fluide par des poids, poulies et engrenages n'aura été qu'une complication qui apporte une plus grande précision dans la mesure (perfectionnement). La pensée positiviste se ramène à cette quête de la perfection considérée comme la précision ultime dans la reproduction d'un phénomène. Or il y avait aussi cette recherche du phénomène à l'état pur (*rein*) dans la réflexion du juriste Hans Kelsen. Raisonne-t-on de cette manière aujourd'hui ? La clepsydre est plus facile à fabriquer ou à remplacer et une grande précision de la mesure n'est pas toujours nécessaire. Le meilleur instrument est celui qui est le plus adapté à l'usage que l'on veut en faire.

[3] K. Boulding, 1972, cité par J.-L. Lemoigne, *La Théorie du Système Général*, 87.

[4] J.-L. Lemoigne, *La Théorie du Système Général*, 101.

processus qui conduit dans le 'transformateur' à l'établissement de la validité et de la vigueur de la norme et donc à son intégration à l'ensemble normatif.

Ce processus trouve son origine dans l'environnement du droit, c'est-à-dire la réalité humaine. Une action ou un processus ayant vocation à créer du droit subit la rétroaction du système à la borne d'entrée de la boite. Cette boucle de rétroaction est, a-t-on dit joliment, *ago-antagoniste*, c'est-à-dire de polarité positive ou négative selon les circonstances.

Dans le premier cas le droit incorpore une nouvelle norme. Selon la théorie systémique cette boucle de rétroaction positive devrait accroître le déséquilibre du système. L'accumulation de nouvelles normes causerait un tel désordre qu'il faut supposer, compte tenu de la pérennité du droit international, que le système a acquis des mécanismes d'auto-adaptation.

La boucle de rétroaction négative préserve la stabilité du système, son ordre, en empêchant l'incorporation de normes qui seraient contraires aux règles régissant leur formation et leur validité. Cette réaction négative préserve donc la cohérence entre les éléments dans la boite noire.

Finalement il ressort de ces premières observations que le principe de cohérence est la clé du fonctionnement du système. L'auteur de l'acte juridique veut, parce qu'il peut vouloir et aussi il doit, parce qu'il a voulu devoir. Un processus de formation du droit échoue, lorsque son aboutissement entrerait en contrariété avec le système de droit. La création d'une nouvelle norme affaiblit la stabilité du système, parce qu'elle génère un risque d'incohérence qui sera corrigé par un ajustement réciproque. Nulle déduction fondée sur la causalité n'inspire cette description de la boite noire. Les interactions sont circulaires, donc réciproques. Dans la Genèse du droit international, il y a eu un premier traité par lequel les Parties étaient convenus, entre autres, qu'elles pouvaient convenir et le système a connu ensuite un processus de complexification dans lequel l'Ordre a su maintenir son identité en obéissant à la seule loi, fondant la réciprocité de l'interaction, de la cohérence. Nul besoin dans cette approche systémique du droit qui est d'une confondante simplicité d'une norme hypothétique primaire.

De même l'apparition du *jus cogens* y est un développement logique du processus de complexification du système et de l'*irréversibilité* qui en découle. Par le traité originel, dans la genèse du droit international, les parties n'auraient pu limiter pour l'avenir leur capacité de traiter. En effet, ce qu'elles avaient fait un jour, elles pouvaient le défaire par la suite. Or cette réversibilité est une caractéristique des systèmes simples et la complexité l'exclut : le vieillard ne revient pas à l'enfance, l'arbre au stade de la graine, etc. En l'état de son développement le droit international ne tolère plus l'incorporation de normes qui introduirait une incohérence globale au sein du système. Néanmoins, ce rejet n'est pas une action spontanée de la boite noire. En effet, ce que prévoit la Convention de Vienne sur le droit des traités au sujet de l'apparition de nouvelles normes de *jus cogens* correspond à une boucle de rétroaction, c'est-à-dire à un double processus symétrique et réciproque : le consensus qu'exprime la Communauté internationale des

Etats rejoint la nécessité de cohérence du système. L'évolution du contenu du *jus cogens* procède donc à la fois d'une nécessité du système de droit et d'une source dans la réalité sociale (entrée, intrant, *inpout*). Par contre, il serait illogique de prétendre que la souveraineté étatique permettrait de convenir de choses qui ne seraient pas compatibles avec le droit international dans sa globalité (l'organisation de l'esclavage par exemple). L'exercice de la souveraineté n'est qu'un signal reçu à une borne d'entrée du droit international et son incorporation au droit international en tant que norme dépend de la réponse du système. La fonction d'incorporation de la norme révèle ainsi toute sa densité.

2.2. *La fonction de rétribution*

Bien entendu, la fonction du système du droit ne saurait se réduire à cette seule activité d'incorporation de nouvelles normes, ingestion et digestion. D'autres événements dans la réalité sociale font réagir la 'boîte noire'. Ainsi doit-on souligner l'importance d'une *fonction de rétribution* qui consiste à donner du prix, de la valeur, positive ou négative, à un comportement attribuable à un ou plusieurs sujets du droit. Cette fois l'incidence du processus qui fait intervenir la boîte noire en tant que transformateur se produit, non à l'intérieur du système, mais dans son environnement. Là encore la possibilité de transposer la théorie systémique au droit se vérifie totalement, au-delà même de toute attente raisonnable. On identifie une source qui, dans sa relation avec le système normatif, déclenche une boucle de rétroaction positive ou négative. Cette formule rejoint bien évidemment celle de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 : « (La Loi) doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». La finalité première de la boite noire est d'assurer une protection aux comportements sociaux conformes au droit. Elle 'gratifie' ou valorise l'exercice régulier de ses droits par un sujet. Au contraire elle inflige des 'pénalités' à celui dont le comportement est contraire à ce qui est requis de lui. A travers la boucle de rétroaction le système de droit agit sur son environnement pour maintenir (protection) ou corriger (punition ou réparation) une harmonie, donc un équilibre social[5]. On parle du principe de justice. S'agissant de la responsabilité internationale de l'Etat la justice recherchée est essentiellement rétributive, puisque sa mise en œuvre débouche sur la cessation de la violation d'une obligation et sur une réparation qui vise à rétablir la situation qui existait avant le trouble causé par ce manquement.

Finalement on a constaté que le système/boîte noire agit sur son environnement : de la borne de sortie il émet de l'information en réponse à un stimulus. Les juristes désignent logiquement par l'expression de normes secondaires – par opposition aux normes primaires – celles qui gouvernent cette réaction (extrant, *output*) du système dirigé vers son environnement.

---

[5] Protection/correction et non pas récompense/punition.

Toutefois l'intérêt de l'analyse systémique du droit est aussi de rendre l'activité juridique intelligible aux spécialistes des autres disciplines. Comment le droit assure-t-il sa fonction de régulation sociale ? Les faits constituant la réalité sociale sont innombrables et, comme la multiplication des cellules vivantes, ils ne répondent à aucun déterminisme global (plan) et sont le fruit du hasard. Pourtant les cellules se spécialisent et s'ordonnent parce qu'elles font l'objet d'une stricte sélection grâce aux capacités d'auto-organisation du système. Le système de droit agit de manière similaire. En rétroagissant avec la réalité sociale qui l'environne il tend à la maintenir en harmonie avec son équilibre endogène[6]. Cette action est sélective : il identifie d'abord les processus sociaux qui entrent dans les catégories prévues par le droit. Cette reconnaissance appelée la qualification des faits enclenche le processus complexe (application du droit) qui débouche sur les rétroactions (effets de droit) : le système conforte les comportements et situations conformes à son ordre endogène et tend à corriger ou neutraliser les incidences de ceux qui ne le sont pas. Grâce aux boucles de rétroaction de polarité ambivalente (protection/correction), l'ordre dynamique du système normatif oriente la réalité sociale, c'est-à-dire qu'il tend à la soumettre à sa propre finalité. Cette conclusion n'est pas nouvelle et elle rejoint pleinement les observations convergentes des sciences sociales et de la philosophie.

3. Le principe de la boite blanche applique au droit international

Le droit en tant que système n'est pas une machine comprenant des mécanismes, leviers, poulies, rouages. Il est fondé sur l'unité du tout et de la partie (3.1) et il ne peut être appréhendé qu'en combinant une approche fonctionnelle (3.2) et une approche structurelle (3.3).

3.1. *Le tout et la partie*

L'analyse fonctionnelle du système fait apparaître des sous-systèmes dont les relations correspondent également à des boucles de rétroaction. Il ne faut donc pas se méprendre sur le sens de la hiérarchie que présentent les modèles de l'analyse systémique. Il s'agit de l'organisation des tâches dans un processus qui débouche sur l'émission d'informations à l'extérieur du système. Les commandes sont traitées, dirigées vers un atelier de fabrication et finalement les produits sont expédiés. C'est la représentation de la *division du travail* découlant de la modélisation

[6] Cette distinction entre l'ordre endogène et l'ordre exogène commande évidemment la relation entre le droit international et l'ordre juridique d'un Etat. Le droit international n'impose qu'un rapport de compatibilité avec un droit dont il ne détermine pas la validité.

qui fait apparaître plusieurs niveaux. Il serait donc totalement inapproprié de vouloir transposer dans la boite blanche la théorie de la hiérarchie des normes.

Ces interactions réciproques ne sont pas déterminées par une causalité simple. On parle de causalité circulaire comme celle qu'illustre le paradoxe de l'œuf et de la poule. Les deux pôles de la relation concourent à la conséquence. Ainsi dire que la règle spéciale déroge à la règle générale signifie-t-il que le premier traité l'emporte ou que le second tolère de s'effacer ? La réponse est que l'un et l'autre contribuent à cet ajustement qui est donc de nature réciproque. En outre, faut-il situer la *lex specialis* dans ces traités ou en dehors ? Dès lors que la règle en question est commune aux traités considérés, elle y est à la fois incorporée et peut être identifiée séparément.

On en vient ainsi à la logique du Tout. *La partie est une réduction du tout.* La formule semble abstraite, mais elle a une résonnance particulière pour tous ceux qui ont une connaissance intime du droit international. Désigner par exemple les droits de l'homme comme une branche du droit international est une source de méprise grave si ce concept n'est pas éclairé par l'approche systémique du droit. Que serait cette branche si elle était coupée du droit des traités et de celui de la responsabilité internationale ? Jouit-elle d'une autonomie ou d'un degré d'autonomie ? Certes non ! Bien plus tout spécialiste expérimenté d'un domaine particulier du droit international a acquis la certitude empirique (dont il peut faire la démonstration concrète) du caractère transversal de sa spécialité. Qu'il s'agisse des droits de l'homme, du droit économique, du droit de la mer, du droit de l'environnement, etc, chaque domaine de connaissance offre un point de vue privilégié sur la totalité du droit international.

Si le tout est dans la partie, la logique des interactions circulaires impose aussi de considérer que *la partie est dans le tout*. Le 'droitdel'hommiste' considère que sa matière diverge du droit international général considéré commun modèle interétatique (notamment en ce qui concerne le régime des réserves aux traités) ; il a nécessairement tort. Le généraliste défend un modèle général classique contre les influences qui pourraient le pervertir ; il a aussi tort. L'état du droit ne peut être maintenu ou modifié que par une corrélation entre la partie et le tout, une unité, une cohérence. En effet, le principe de cohérence du système soumet les modifications à un ajustement réciproque du tout et de la partie. Si l'exception confirme la règle, la règle valide l'exception[7].

[7] Cet ajustement nécessaire de la partie et du tout est bien illustré par les travaux de la CDI sur les réserves aux traités. Le *Guide de la pratique sur les réserves aux traités* (2011) fait disparaître une fausse spécificité du domaine des droits de l'homme en ce qui concerne l'incidence de la nullité des réserves interdites au prix d'un 'affinage' du droit international général qui était certainement commandé par le principe de la bonne foi : Assemblée Générale des Nations Unies (AGNU), *Rapport de la Commission du Droit International*, UN Doc. A/66/10/Add.1, 2011, 545.

Cette logique du 'Tout' fonde également *une propriété d'émergence*. Ainsi le respect des considérations élémentaires d'humanité, le principe unificateur du droit humanitaire, a émergé par réflexion ou projection dans le droit international général où il a acquis un champ couvrant l'ensemble du droit international[8]. Le principe du développement durable pourrait connaître une évolution similaire et s'appliquer un jour hors du domaine du droit de l'environnement dans lequel il n'est pas forcément confiné.

3.2. *Approche fonctionnelle*

La structuration du droit international est largement déterminée par son organisation fonctionnelle. On privilégie donc l'approche fonctionnelle du contenu de la boite « blanche ». On limite ici l'analyse à la mise en œuvre de la fonction rétributive qui pourrait correspondre à la réaction du système face à un comportement illicite. On se contente aussi d'un modèle très simplifié à deux niveaux hiérarchiques. Le système de droit précédemment désigné comme un transformateur peut ainsi être comparé à une usine dans laquelle on distingue l'unité d'administration (le système de pilotage) des ateliers de fabrication (le système opérant ou de transformation).

Le *système de pilotage* traite le flux entrant (le comportement d'un Etat par exemple) de manière à préparer l'activité du système opérant. Il procède à la reconnaissance de cette information (qualification juridique du fait) et il établit une correspondance avec une norme (détermination du droit applicable).

Le fait juridique parvient donc au *système opérant*, les ateliers, étiqueté et orienté. Dans ce système sont stockées les normes. On parle du stock ou du *réservoir* du système dynamique où sont puisées les informations nécessaires à la transformation. Le travail d'atelier, l'examen en droit, consiste à rapprocher le fait juridique de la prescription de droit pour en tirer par déduction les conséquences juridiques applicables à ce fait. Lorsque le fait n'entre pas explicitement dans les prévisions du droit, il est nécessaire d'apporter des précisions sur son sens ou sa portée. Or cette fonction d'interprétation joue un rôle particulièrement important dans le maintien de l'unité du droit international et sa structuration.

3.3. *Approche structurelle*

Le principe de l'interprétation de bonne foi des traités a étendu son champ d'application à la quasi-totalité de ce droit, puisque seuls les actes unilatéraux des Etats y échappent. Le traité est ainsi le modèle réduit d'une structuration du droit international commandée par la règle générale d'interprétation. Celle-ci est fondée sur les notions de contextualisation et d'orientation (objet et but)

---

[8] Tribunal International du Droit de la Mer, *Affaire du Navire Saïga 2*, Arrêt, 1 juillet 1999, para. 153.

des normes. Le contexte utile et l'orientation déterminent donc une relation de proximité, une forme d'association entre les normes, qui explique l'arborescence actuelle du droit international. Les normes relevant de la même « matière » pour reprendre l'expression de la Convention de Vienne sur le droit des traités s'assemblent et forment des branches comme les colonies du corail. On peut dire aussi que cet arrangement ou classification correspond au mode de rangement des normes dans le 'stock'. L'interprétation joue un double rôle qui conforte la capacité d'auto-adaptation du système.

En effet, l'utilisation d'autres normes comme moyen d'interprétation se présente aussi comme une relation réciproque : les traités antérieurs et les traités postérieurs appartiennent au même contexte utile et ils influencent donc mutuellement leur interprétation respective. Or le recours à un moyen d'interprétation postule la cohérence de l'objet interprété avec ce moyen. L'interprétation provoque donc un *ajustement réciproque* qui renforce les liaisons entre les éléments qui composent la structure arborescente du système. Elle est une mise en ordre.

Par ailleurs l'interprétation *enrichit la substance* du droit[9]. Elle contribue donc à la croissance du système et consolide sa structure à travers ses ramifications. La règle de l'interprétation de bonne foi est ainsi la cause de l'aspect buissonnant que prend le droit international moderne. Elle joue donc un rôle similaire à celui du calcaire dans la ramification du corail. Bien entendu cette rigidité et cette croissance orientée sont accélérées par le développement du contentieux international et la multiplication des juridictions spécialisées.

4. Redondance et strategie de la compensation

La connaissance du système est désormais suffisante pour aborder certains aspects de la redondance qui est une propriété majeure des systèmes complexes (4.1) et en apprécier les manifestations au sein du système normatif (4.2).

4.1. *La notion de redondance*

Les systémistes distinguent deux types de redondance, structurelle (indifférenciation) et fonctionnelle (polyvalence). La première est définie par l'existence de plusieurs éléments (organes) remplissant la même fonction. Ainsi cette *redondance structurelle* offre un avantage de sécurité aux systèmes artificiels comme aux êtres vivants et autres systèmes naturels (double circuit de freinage, redondance des espèces en écologie). Dans le langage (stylistique), la redondance est

[9] On prête donc une propriété d'émergence à l'interprétation. Or les moyens utiles ne se limitent pas à des normes existantes et incluent des ressources, la pratique subséquente ou pertinente, exceptionnellement les travaux préparatoires, qui sont des éléments factuels. L'interprétation a donc sa propre borne d'entrée, ses ressources puisées directement dans la réalité sociale.

une figure de style qui vise à accentuer le sens en réunissant plusieurs expressions ayant la même signification : « Je le dis bien haut, je l'affirme, le proclame ».

La redondance fonctionnelle correspond à une autre figure de style, le zeugma (attelage en grec) qui est une forme d'ellipse poétique ou un jeu de mots : « Vêtu de probité candide et de lin blanc » – Victor Hugo affecte le mot vêtu à deux propositions qui ne relèvent pas du même registre sémantique, l'un abstrait, l'autre concret, sans avoir besoin de le répéter. « Sous le pont Mirabeau coule la Seine/ Et nos amours » – Guillaume Apollinaire joue avec la dualité de sens du verbe couler (s'écouler et sombrer) par une ellipse.

La *redondance fonctionnelle* est l'affectation d'un élément de la structure à plusieurs fonctions : la main sert à d'autres tâches que la préhension. Il s'agit en somme de dédoublements fonctionnels. Cette propriété des systèmes complexes leur confère une capacité d'auto-organisation. L'organe crée la fonction.

4.2. *La redondance au sein du système normatif*

Appliquée au droit, la notion de redondance structurelle correspond aux situations dans lesquelles une même règle est répétée sur différents points de la structure du droit. Ainsi l'interdiction de la torture est explicitée par un grand nombre d'instruments internationaux de droit humanitaire ou des droits de l'homme ; à un certain degré de généralité on constate qu'il existe des règles communes à tous les traités constitutifs d'organisations internationales ; les statuts et règlements des tribunaux internationaux sont très largement inspirés les uns des autres… L'usage étant une source d'inspiration, l'isomorphisme des règles est plutôt fréquent. Ces similitudes qui tendent vers des pratiques uniformes peuvent conduire à l'émergence de nouveaux principes ou principes généraux.

La redondance fonctionnelle retiendra davantage l'attention par son originalité. Il s'agit de mobiliser des ressources de différentes branches du droit pour réaliser un objet particulier. De tels attelages de normes existent-ils ?

Il est d'usage courant d'évoquer 'le dispositif de la loi…'. Cette formule ne vise évidemment pas la partie dispositive d'un acte juridique, *l'instrumentum* de la loi ne comportant ni préambule, ni motifs. Elle recouvre également les actes réglementaires, voire les circulaires administratives, qui accompagnent une réforme législative. Cette dernière peut modifier différents codes, code civil, pénal, fiscal, de l'urbanisme, etc. Le 'dispositif' regroupe donc un ensemble de mesures normatives apparemment disparates et hétéroclites, mais qui est cohérent, parce qu'il est affecté à l'objet de la réforme. Le mot 'dispositif' (*mechanism* en anglais) répond donc à une approche fonctionnelle du droit. Le dispositif est un appareil, un groupe organisé d'éléments normatifs, qui constitue l'instrument d'une finalité sociale déterminée. Il illustre ainsi une propriété d'émergence du système complexe qui n'est pas seulement une évolution dans la spécialisation du droit (arborescence). En effet le système est capable d'acquérir des finalités et d'y affecter des ressources qui sont situées à différents points de sa structure (l'être humain communique de différentes manières qui sont autant de moyens différents de

solliciter les ressources existantes de son système). Le dispositif, appareil, attelage (zeugma) désigne donc une organisation fonctionnelle des normes. Le zeugma impose ainsi une approche transversale du droit qui transcende l'analyse allant du général au particulier.

L'attelage normatif que l'on présente ci-après (le « quadrige » du droit à la nationalité) diffère tout de même du 'dispositif de la loi'. En effet, dans une large mesure il démontre l'impossibilité d'atteindre directement, par la réforme du droit, une des finalités du droit international. Or le langage des signes se développe lorsque l'organe de la parole est déficient ou ne suffit pas aux besoins de la communication. L'écriture même, signes gravés, n'était initialement que la trace volontaire de la communication verbale, un moyen de corriger l'évanescence de la parole. Les redondances au sein du cerveau permettent la reconstitution des fonctions cérébrales endommagées . . . La dynamique du maintien de l'équilibre impose donc une réorganisation du système par la substitution et la compensation.

En d'autres termes, face à la souveraineté étatique que le droit international ne peut pas percer, ce dernier emprunte tous les chemins de traverse et les sentes sinueuses pour compenser l'insuffisance de la protection des personnes par la nationalité. Sur une carte des droits de l'homme, le droit à la nationalité se présente comme une voie ne menant nulle part. Avec une carte générale du droit international, l'affirmation de ce droit prend son sens. Bien entendu la signification transcende l'approche analytique et n'est accessible qu'à ceux qui intègrent la méthode systémique dans leur mode de pensée. Cette démonstration vise à mettre en évidence l'impasse d'une approche du droit international par bloc ou par fragment.

5. Le quadrige du droit à la nationalité

Le droit à la nationalité peut être comparé à un détail sur un tableau. Il ne peut pas être séparé de l'ensemble de la composition. Il est aujourd'hui un principe du droit international général (5.1). Il consacre l'émergence d'une relation symbiotique entre la souveraineté étatique et la protection de la personne (5.2). Cette forte transversalité impose de l'analyser au sein d'un dispositif (attelage) dont la convergence devrait assurer les conditions d'une protection effective de la personne (5.3). C'est dans la composition que le détail du tableau prend son sens.

5.1. *Intégration au droit international coutumier*

La Commission des réparations Erythrée/Ethiopie (Sentence du 17 décembre 2004, *Mauvais traitements des populations civiles – Réclamations de l'Érythrée Nos. 15, 16, 23 & 27-32*) a considéré le droit à une nationalité comme une règle coutumière. Plus exactement, elle a confirmé les appréciations de principe développées sur cette question par les deux parties. Selon l'Ethiopie, une règle permissive du droit

international général permet à un Etat de retirer sa nationalité à une personne qui a obtenu la nationalité d'un autre Etat. L'Erythrée a rappelé le droit de chaque personne à une nationalité énoncé à l'article 15 de la Déclaration universelle et spécialement le droit de ne pas voir sa nationalité retirée arbitrairement.

> The Commission agrees with both Parties regarding the relevance of the customary law rules they cited. The problem remains, however, to apply them in the circumstances here[10].

Les circonstances étaient très particulières puisqu'elles concernaient la perte de la nationalité du fait de l'acquisition d'une autre nationalité, dans le contexte d'une sécession d'Etats et dans le cadre d'un conflit armé. La Commission s'est montrée dans l'ensemble plutôt compréhensive à l'égard de l'Ethiopie dans ces circonstances exceptionnelles, mais elle a fait tout de même application des conditions générales qui encadrent l'ingérence de l'Etat dans l'exercice d'un droit protégé (prévision par la loi, nécessité et proportionnalité). Le droit de la personne à la nationalité acquise a donc bien été confirmé par le Tribunal.

Sans doute l'Etat conserve-t-il le pouvoir discrétionnaire de fixer les conditions d'acquisition de sa nationalité. Toutefois cette liberté n'est pas non plus absolue et il existe des situations dans lesquelles une personne peut invoquer le droit à une nationalité déterminée. Il en va ainsi lorsque la loi de l'Etat en question la lui attribue, lorsque cette loi présente un caractère discriminatoire (exclusion des femmes), dans le cas particulier des enfants compte tenu de la rédaction de la Convention des Nations Unies sur le droit des enfants et, enfin, pour les personnes appartenant à une minorité nationale[11].

---

[10] Commission des réparations Erythrée/Ethiopie, *Mauvais traitements des populations civiles – Réclamations de l'Érythrée Nos. 15, 16, 23 & 27-32,* Sentence partielle, 17 déc. 2004, 14, para. 53.

[11] On ne peut pas parler d'un droit créance à l'obtention d'une nationalité déterminée, évidemment. Néanmoins, il y a un certain nombre de situations dans lesquelles des mesures nationales peuvent être contraires au droit de la personne à l'acquisition d'une nationalité, on songe en particulier au refus de transmission de la nationalité par les femmes et au refus d'octroyer la nationalité à un groupe d'habitants fondé sur des motifs discriminatoires. L'article 7 de la Convention sur les droits de l'enfant devrait également permettre de contrôler les mesures nationales prises par l'Etat de naissance de l'enfant, lorsqu'il y a un risque d'apatridie. De même que l'affirmation du droit de l'Etat de retirer sa nationalité à des doubles nationaux a été contrôlé par la Commission des réparations, le droit de fixer les conditions d'acquisition de la nationalité n'est pas illimité, eu égard notamment aux conséquences préjudiciables de l'apatridie. L'importance du pouvoir discrétionnaire de l'Etat ne permet pas de conclure à l'absence de droit à la nationalité, dès lors que ce pouvoir est restreint. Sauf l'interdiction de la torture, tous les droits de l'homme peuvent faire l'objet de restrictions. La particularité est qu'il s'agit du droit à *une* nationalité et non du droit à *la* nationalité d'un Etat déterminé, c'est-à-dire du droit d'accéder à la protection d'*un* Etat par la nationalité comme on le verra ci-après. Eu égard au droit à la nationalité, les Etats ont indéniablement des

L'article 15 de la Déclaration universelle énonce donc une règle relevant du droit international coutumier et des droits individuels en découlent[12]. Néanmoins le droit international actuel est très loin d'être en mesure de garantir à chacun l'accès à une nationalité. Y parviendrait-il que cette nationalité forcée n'offrirait peut-être pas la protection de la personne qui en serait attendue. Malgré cette 'promotion' prétorienne du droit à la nationalité on bute sur la contradiction entre deux affirmations irréconciliables : le pouvoir discrétionnaire de l'Etat et l'attribution d'un droit individuel. Dans une analyse classique (nucléaire) subsiste ainsi du 'droit à une nationalité' seulement quelques fragments d'un droit individuel qui ne sont identifiables que dans des circonstances particulières, le retrait arbitraire de la nationalité notamment.

Or la compréhension du droit à une nationalité change complètement lorsqu'on le considère, non pas isolément, dans une approche de positiviste étroit, formaliste et réductionniste, mais comme l'élément central d'un «dispositif» ou d'un appareil (*mechanism*) de protection générale des personnes dont les composantes sont disséminées dans différents champs du droit international, d'un point de vue ouvert, panoramique et fonctionnel. Ce dispositif a pour objet de réaliser cette protection malgré la marge d'appréciation conservée par les Etats en matière de nationalité. En réalité ce n'est pas la nationalité qui est recherchée, mais la protection étatique qu'elle est susceptible d'apporter.

Au lieu du « de quoi c'est fait ? » le droit à la nationalité, il faut partir du « qu'est-ce que ça fait ? ». On voudrait disséquer le droit à la nationalité et on n'y trouve pratiquement rien. Plutôt que d'en décrire l'anatomie comme d'un corps mort, observons sa 'vie' dans les interactions avec son environnement.

5.2. *Relation symbiotique entre la souveraineté étatique et les droits de l'homme*

Le principe du droit à la nationalité fait partie intégrante du droit international coutumier et fait également partie des droits fondamentaux de la personne. L'originalité de ce droit est qu'il est en quelque sorte un droit à bénéficier des avantages résultant de la souveraineté étatique. Elle souligne bien le caractère éminemment dogmatique de l'opposition entre 'souverainisme' et 'droits de l'hommisme' : le lien de la nationalité qui relève de l'exercice d'une prérogative

---

obligations internationales. Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (CDH), *Droit à la nationalité : femmes et enfants*, UN Doc. A/HRC/20/L.8, 28 juin 2012.

[12] On remarque que l'Article 15 de la DUDH établit des obligations *erga omnes* : « While Eritrea cannot claim for the loss suffered by the persons who were the victims of those errors, Ethiopia is liable to Eritrea for any damages caused to it by those errors », 15, para. 62. Lorsque l'Ethiopie retire sa nationalité à des personnes qui n'ont pas acquis celle de l'Erythrée, il est responsable de ce fait envers cet Etat. Il faut souligner que cette procédure de réclamation n'avait pas d'autre objet que l'indemnisation et que la Commission ne pouvait prononcer d'autres formes de réparation.

souveraine de l'Etat est aussi un élément essentiel de la condition juridique de l'homme.

Le principe en question établit donc un trait d'union ou un pont entre les règles internationales relatives à la protection de la souveraineté étatique et celles qui établissement la protection internationale de la personne[13]. Cette liaison rejoint le sentiment général des peuples, aussi bien chinois que saoudien, qui considèrent l'Etat comme un bien collectif appartenant à la communauté nationale. Par conséquent, le droit régissant la souveraineté étatique subit l'attraction des droits de l'homme, mais le phénomène est réciproque, puisque la souveraineté étatique est intégrée par les droits de l'homme. La coexistence des deux groupes de règles et l'impératif de la cohérence du système international suscitent donc un état de symbiose aux avantages réciproques. Ainsi peut-on vérifier au quotidien que l'activité des tribunaux spécialisés dans le domaine des droits de l'homme légitime l'action de l'Etat (notion d'ingérence légitime). Comme le montre déjà le droit des peuples à l'autodétermination, la théorie de l'Etat souverain est désormais orientée par les droits de l'homme qui, en retour, la légitiment.

5.3. *Convergence positive des protections de la personne*

Au-delà de ces considérations d'ordre général, il convient de s'interroger sur l'utilité du droit à la nationalité. En tant que telle, l'acquisition de la nationalité n'est pas en soi avantageuse et ce sont donc les effets qui lui sont attachés qui sont recherchés. On peut dire que le droit à une nationalité est le droit d'accéder aux effets de la nationalité. Elle confère un statut dans le pays d'origine et à l'étranger ainsi qu'une protection territoriale et personnelle (protection consulaire et diplomatique). Or une part non négligeable du développement du droit international a trouvé l'une de ses justifications dans le besoin d'assurer un statut et une protection qui compensent les insuffisances de la nationalité. En effet, pas moins de quatre domaines du droit international (quadrige) et non des moindres apportent une protection de substitution.

5.3.1. Juridiction de l'Etat sur la personne

Il convient d'abord de rappeler que la nationalité est l'un des titres de la compétence internationale de l'Etat et que les différents titres ne s'excluent pas mutuellement, même si un ordre de préférence semble s'imposer[14]. Or la com-

---

[13] La souveraineté de l'Etat est une réalité extérieure au droit international qui l'appréhende à travers les limitations auxquelles il la soumet et la protection juridique qu'il lui assure. Le rapport entre la souveraineté et le droit à la nationalité est donc celui entre deux types de protections internationales qui doivent être conciliées.

[14] Max Huber a écrit : « Pour qu'une responsabilité internationale naisse, il est nécessaire qu'il y ait soit violation d'une clause prescrivant un traitement particulier de l'étranger, soit violation manifeste et grave des règles applicables aux nationaux au même titre

pétence territoriale devrait assurer une protection universelle sur le territoire, puisque l'Etat doit assurer cette protection autant aux étrangers qu'à ses propres nationaux. De même la protection des combattants aménagée par la Convention de Genève III est déterminée par l'appartenance à l'armée, donc le lien fonctionnel de la personne avec l'Etat, et non la nationalité.

La nationalité établit un lien privilégié avec un territoire qui est en quelque sorte le refuge naturel de la personne (exclusion du bannissement et de l'extradition des nationaux), mais elle n'affecte pas la protection étatique résultant de la juridiction de l'Etat sur les étrangers se trouvant sur son territoire. L'aménagement général des compétences de l'Etat permet ainsi d'étendre la protection des personnes au-delà de la nationalité. Protection territoriale et protection par la nationalité se renforcent mutuellement : le droit au retour sur le territoire national assure à la personne l'accès à une protection territoriale ; à l'étranger l'Etat d'origine peut veiller à ce que son ressortissant soit protégé par l'Etat d'accueil, notamment par la justice du pays. Protections territoriales et personnelles ne sont ainsi que des dimensions différentes et complémentaires d'une relation tutélaire de l'Etat sur la personne.

La protection territoriale d'un Etat bénéficie à la personne quel que soit le lieu où elle se trouve, puisque chaque Etat y est tenu. Une théorie de la juridiction universelle de l'Etat sur la personne s'est donc construite au cœur du droit international dans laquelle l'individu représente l'élément mobile qui acquiert et perd

---

qu'aux étrangers. Le caractère territorial de la souveraineté est un trait si essentiel du droit public moderne, que l'intervention étrangère dans les rapports entre l'État territorial et les individus soumis à sa souveraineté ne peut être admise qu'à titre exceptionnel. / L'indépendance du pouvoir judiciaire n'est qu'une de ces institutions de l'État moderne qui rendent si délicate toute intervention. / D'autre part, *il est incontestable qu'à un certain point l'intérêt d'un État de pouvoir protéger ses ressortissants et leurs biens, doit primer le respect de la souveraineté territoriale*, et cela même en l'absence d'obligations conventionnelles. Ce droit d'intervention a été revendiqué par tous les États : ses limites seules peuvent être discutées. *En le niant, on arriverait à des conséquences inadmissibles : on désarmerait le droit international vis-à-vis d'injustices équivalant à la négation de la personnalité humaine* ; car c'est à cela que revient tout déni de justice », *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni)*, Sent. du 1er mai 1925, *Recueil des Sentences Arbitrales*, 2, 641. Le mot intervention se réfère exclusivement dans ce passage à l'intervention diplomatique (réclamation internationale, exercice de la protection diplomatique) et non pas à l'intervention d'humanité. Ce n'est pas la seule référence faite par Max Huber au concept de la personnalité humaine. A chaque fois, il la met en relation avec la juridiction de l'Etat sur la personne : Cour Permanente de Justice Internationale (CPIJ), *Affaire du Lotus*, Arrêt no. 9 du 7 sept. 1927, Rec., série A, no. 10, 20. Voir également sur la compétence à raison du service public l'*Affaire des déserteurs de Casablanca (France c. Allemagne)*, Sent. du 22 mai 1909, Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), 3 : « … la juridiction du corps d'occupation doit, en cas de conflit, avoir la préférence, lorsque les personnes appartenant à ce corps n'ont pas quitté le territoire placé sous la domination immédiate, durable et effective de la force armée ».

une nationalité ou se déplace, entre ou sort du champ d'une autorité tutélaire. Le droit à la nationalité et la liberté de circulation sont donc étroitement liés dans ce mécanisme destiné à procurer à toutes les personnes les conditions générales d'accès à la *protection étatique universelle*, sans toutefois leur apporter toutes les garanties individuelles. L'extension de la protection que l'on observe en situant la nationalité dans son contexte est en effet toujours approximative. La compétence à raison de la nationalité assure seulement à la personne une aptitude à pouvoir bénéficier de la protection. L'acquisition de la nationalité ne garantit pas le bénéfice de la protection diplomatique, mais l'exercice de cette protection est subordonné à la possession de la nationalité. La règle du non-refoulement ne garantit pas l'accès à un refuge territorial, mais elle permet de le trouver.

5.3.2. Protections spéciales du droit humanitaire

Le droit humanitaire a connu une évolution considérable dont le moteur a été le besoin permanent de corriger les défauts de la protection des personnes. Il s'est aujourd'hui suffisamment élargi pour atténuer le lien avec la nationalité qui était prédominant à l'origine. Le droit humanitaire est né en effet du besoin de compenser la paralysie de la protection étatique dans les circonstances de guerre. La règle de la Puissance protectrice et de son substitut (CICR) permet de pallier l'absence de protection effective du fait de la rupture des relations pacifiques entre les belligérants. Aujourd'hui encore l'ouverture d'un conflit armé s'accompagne généralement de la rupture des relations diplomatiques[15]. Le droit des étrangers, leur statut et leur protection sur le territoire, les protections consulaire et diplomatique sont bloqués par la guerre. Le lien avec la nationalité a été si fort que les protections dites spéciales du droit humanitaire ont été exclues pour les ressortissants d'Etats neutres et qu'elles ne leur sont étendues aujourd'hui que dans la mesure où la protection normale par l'Etat d'origine n'est pas effective[16]. Le droit humanitaire ne s'applique toujours pas dans les conflits armés internationaux aux relations entre un Etat en conflit et ses propres nationaux.

Le droit humanitaire actuel n'a donc pas rompu la liaison intime qui l'unit historiquement à la nationalité et aux protections étatiques qui en résultent. Finalement il contribue par la voie de la compensation au droit des personnes à bénéficier des effets attendus de la nationalité, un statut et une protection. On

---

[15] La rupture des relations diplomatiques n'est pas automatique dans les circonstances d'un conflit armé. Ainsi l'Ouganda et la RDC avaient maintenu ces relations. La Cour a rappelé que la Convention de Vienne de 1961 continuait à s'appliquer pendant le conflit : CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (*République démocratique du Congo c. Ouganda*), Arrêt, 19 déc. 2005, C.I.J. Recueil 2005, 274, para. 323.

[16] Article 4 de la Convention de Genève IV : « … Les ressortissants d'un Etat neutre se trouvant sur le territoire d'un Etat belligérant et les ressortissants d'un Etat cobelligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'Etat dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'Etat au pouvoir duquel ils se trouvent ».

remarque donc que, même au XIX^{ème} siècle, la protection par un Etat de ses ressortissants a été considérée comme si importante, pour les bénéficiaires et donc pour l'Etat, que l'aménagement d'un régime de substitution s'est imposée dans les circonstances de guerre.

5.3.3. Réfugiés et apatrides

Les régimes internationaux des réfugiés et des apatrides confirment cette stratégie générale de la compensation qui pallie les insuffisances actuelles du droit international. Les premières expériences dans la période d'Avant-guerre ont pris la forme d'une série de régimes particuliers qui ont permis de faire face à la succession des mouvements forcés de populations chassées de leur pays d'origine, Arméniens, Russes 'blancs', Juifs. Persécutées, déchues de leur nationalité, bannies, ces populations étaient privées, en fait ou en droit, de la protection territoriale et personnelle de leur Etat d'origine. Avec les Conventions de 1951 sur les réfugiés et 1954 sur les apatrides deux régimes généraux et permanents ont été établis. S'agissant des réfugiés, l'octroi d'un statut et d'une protection est désormais lié, non plus au rejet ou à l'abandon de la personne par son Etat d'origine, mais à une démarche individuelle. Le droit de chercher une protection de substitution pour échapper à la persécution devient, sous l'influence de la Déclaration universelle, un droit fondamental de la personne. Aujourd'hui, avec l'extension de la protection des réfugiés aux victimes des conflits armés ('réfugiés de guerre'), cette dimension individuelle est fortement atténuée. Néanmoins la Convention de 1951 demeure et avec elle une forme d'individualisation de la nationalité, puisqu'en obtenant le statut international qu'il sollicite, le réfugié provoque la suspension à son égard des effets de la nationalité. L'Etat dont il conserve nominalement la nationalité ne peut plus exercer à son égard la protection diplomatique. Le réfugié ne peut plus, temporairement, être considéré comme un ressortissant de son pays d'origine. La loi nationale n'est pas applicable au statut personnel. Si la personne n'est pas en mesure de rompre le lien de nationalité, elle peut par contre – c'est son droit- obtenir l'interruption temporaire des effets de celle-ci. Surgit ainsi derrière le droit à une nationalité et le droit de chercher refuge l'affirmation d'un *droit fédérateur à la protection étatique*.

Bien entendu l'attelage de normes annoncé précédemment, le quadrige, comprend aussi les règles relatives à l'apatridie qui visent à prévenir cette situation anormale[17] et à faciliter sa terminaison[18] (octroi de la résidence et naturalisation). Le principe du droit de la personne à la protection étatique tient les rênes de

---

[17] Convention des Nations Unies sur la réduction des cas d'apatridie, 989 RTNU 175, 30 août 1961 (entrée en vigueur : 13 déc. 1975) ; Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'Etats, STCE 200, 19 mai 2006 (entrée en vigueur : 1 mai 2009).

[18] Convention des Nations unies relative au statut des apatrides, 360 RTNU 117, 28 sept. 1954 (entrée en vigueur : 6 juin 1960).

l'attelage. C'est lui qui inspire le corps des règles de protection des droits de l'homme et étend transversalement son influence sur le droit international, même dans ses aspects les plus régaliens.

Certes, l'état actuel du droit international est inaccompli. Il n'est que de considérer le nombre insuffisant de ratifications des instruments relatifs à la protection des réfugiés et des apatrides pour s'en convaincre[19]. Néanmoins l'équilibre dynamique du système complexe qu'est le droit international peut aussi être analysé comme un état de déséquilibre permanent (l'entropie du système). S'il a été question d'un principe de cohérence interne et de réajustements permanents de ses composantes, cette loi du maintien enseignée par la théorie systémique exclut aussi l'équilibre absolu.

On a montré qu'un principe du droit à une protection étatique fédère le droit international, mais on ne cherchera pas à déterminer si cette règle a un rang supérieur, si elle dispute au principe de souveraineté de l'Etat ou bien aux considérations élémentaires d'humanité ou peut-être à la qualité de personne humaine un statut de 'règle cardinale' du droit. Ces règles fédératives sont nécessairement plurielles, car la coexistence et la corrélation des finalités du système sont indispensables à son dynamisme, à la dynamique de progrès du droit international. Ce Sacré collège n'a pas de pape. Considérer le droit international comme un objet animé, un processus, conduit, par la force des choses, à intégrer cette notion de progrès du droit. En effet, il n'évolue pas seulement dans l'accroissement de sa complexité, mais aussi dans l'accomplissement de ses finalités. Cohérence nécessaire du droit, corrélation entre les normes, interactions réciproques avec la réalité sociale, progrès du droit, assurément l'approche systémique renforce la compréhension globale du droit international.

6. Conclusion

Il faut clore définitivement le débat historique sur l'imperfection du droit international dont la discussion sur l'unité du droit n'est qu'un avatar. Mes capacités sont sans-doute supérieures à celles du pygmée moyen, face à la machine à café de l'Université, mais dans sa jungle… Toute évolution, naturelle ou culturelle, n'est pas un perfectionnement, mais une adaptation au milieu. L'évolution dans la complexité n'est pas en soi une amélioration, un progrès vers un idéal : les bactéries ont existé avant l'homme et elles lui survivront, parce qu'elles ont une capacité d'adaptation supérieure. Le droit international est adapté à son milieu interétatique et international. Il s'adapte constamment à l'évolution permanente

[19] Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés : 145 ; Protocole de New-York du 31 janvier 1967 : 146 ; Convention de New York relative au statut des apatrides 28 septembre 1954 : 76 ; Convention de New York sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961 : 49.

de son environnement. Il ne suit pas un dessein préalable, n'est pas la copie dénaturée d'un modèle existant. Il ne reproduit pas non plus un modèle alternatif menacé de dénaturation. Il vit.

L'imprécision, l'aléa et l'ambiguïté caractériseraient le droit international. Certes, mais l'archaïsme a changé de bord à l'époque de la science non linéaire et des recherches sur le chaos déterministe. L'objet parfait, donc stérile, a l'odeur des bois cirés du XIX^{ème} siècle.

CHAPITRE SEPT

QUELQUES REFLEXIONS SUR L'HUMANITE COMME SUJET DU DROIT INTERNATIONAL

Antônio Augusto Cançado Trindade*

Introduction : une précision préliminaire

Soutenir, comme je le fais[1], que l´humanité est un sujet de droit international, ne signifie pas, en aucun cas, suggérer qu´elle se substituerait aux États. Il faut, alors, commencer par une précision préliminaire. En l'état actuel du droit international, les Etats n'ont plus l'apanage de cette qualité de sujet de droit international ; ils la partagent à présent avec les organisations internationales et les individus ou groupes d'individus. En outre, l'humanité elle-même a accédé au statut de sujet de droit international. Ainsi coexiste-t-elle avec les Etats, sans se substituer à eux ; réciproquement, les Etats ne peuvent plus considérer que le droit international est au service de leurs propres intérêts et d'eux seuls. De fait, la volonté de servir les intérêts des Etats influe sur l'efficacité du droit international ; mais les intérêts de tel ou tel Etat ne sauraient l'emporter sur ceux, généraux et supérieurs, de la communauté internationale dans les domaines qui la touchent directement (comme le désarmement, les droits de l'homme, protection de l'environnement, et l'éradication de la pauvreté, pour ne citer que ceux-là)[2].

---

* Ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme ; Juge à la Cour Internationale de Justice ; Professeur Émérite de l´Université de Brasilia, Brésil ; Professeur Honoraire de l'Université de Utrecht, Pays-Bas ; Membre du *Curatorium* de l´Académie de Droit International de La Haye, et de l'*Institut de Droit International*.

1 E.g., dans mon Cours Général de Droit International Public, délivré en 2005 à l'Académie de Droit International de La Haye ; cf. A.A. Cançado Trindade, « International Law for Humankind : Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part I », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 316, 2005, ch. XI, 318-333.

2 A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, 1068, 1083 et 1094-1095.

1. La perception et la prise de conscience des intérêts communs et supérieurs de l'humanité en tant que telle

L'expérience a montré que c'est lorsque les Etats et autres sujets de droit international ont bien considéré et fait prévaloir ces intérêts généraux que le droit international a pu progresser. On ne saurait nier que les avancées que le droit international a connues au cours des dernières décennies sont attribuables à la reconnaissance et à la consécration des intérêts généraux et supérieurs de l'humanité (dans des domaines comme le droit international des droits de l'homme, le droit international de l'environnement, le droit de la mer ou le droit de l'espace extérieur). Les Etats eux-mêmes ont contribué à ces progrès, chaque fois qu'ils ont fait passer les considérations élémentaires d'humanité et les intérêts généraux de l'ensemble de la communauté internationale avant leurs propres intérêts.

D'ailleurs, le but ultime du *jus cogens* consiste précisément à garantir la primauté des intérêts et des valeurs les plus fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble. L'interdiction absolue qui pèse sur les violations graves des droits de l'homme indique, par exemple, comme M. Lachs l'a rappelé, que :

> l'humanité, ou la communauté internationale, au fil de l'histoire, a estimé nécessaire de proscrire, une fois pour toutes, certains actes [...]. Même les contestataires et les dubitatifs sont forcés de l'admettre, s'ils acceptent les prémisses élémentaires du droit et l'impérieuse nécessité de le faire évoluer[3].

Il est, en fait, certaines obligations internationales qui touchent à la sauvegarde des valeurs fondamentales de la communauté internationale elle-même et qui sont distinctes des autres obligations internationales, d'où l'émergence de concepts tels que les obligations *erga omnes*, découlant du *jus cogens*, en droit international moderne[4].

Pour apprécier le statut de l'humanité en tant que sujet de droit international, il ne suffit pas de définir et de proclamer ses intérêts communs et supérieurs. Il faut examiner le principe fondamental d'humanité et les considérations d'humanité élémentaires qui imprègnent aujourd'hui tout le *corpus juris* du droit

---

[3] M. Lachs, « The Development and General Trends of International Law in Our Time », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 169, 1980, 205.

[4] La conception classique n'admettant qu'un régime unique et uniforme de responsabilité internationale ne correspond plus à l'état actuel de la question en droit international moderne : V. Starace, « La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale », *Recueil des dours de l'Académie de droit international*, 153, 1976, 272-275, 289, 297 et 308. Les crimes internationaux et les violations du *jus cogens* (qui sont des circonstances *aggravantes* de la responsabilité internationale) portent atteinte, de par leur gravité particulière, aux valeurs fondamentales de la communauté internationale tout entière.

international[5] (en précisant certains concepts), les conséquences juridiques de l'accession de l'humanité au statut de sujet de droit international, l'applicabilité du régime des droits de l'homme et, enfin mais surtout, la question de la capacité d'agir de l'humanité et de sa représentation en justice.

2. La reconnaissance du principe fondamental d'humanité

L'être humain doit, en toutes circonstances, être traité selon le *principe d'humanité*, qui imprègne tout le *corpus juris* du droit international, d'une manière générale, et du droit international humanitaire en particulier, qu'il soit de nature conventionnelle ou coutumière. Les actes qui, dans le cadre de certaines conventions ou de certains traités internationaux, ont été définis comme constitutifs de génocide ou de violation grave du droit international humanitaire étaient déjà prohibés par le droit international *général* avant l'entrée en vigueur de ces textes. L'on se rappellera par exemple ici, à ce sujet, que ledit principe d'humanité était universellement reconnu[6]. Selon un éminent philosophe du droit dont les enseignements demeurent d'actualité, « si les règles formelles ne l'étaient pas encore elles-mêmes, à tout le moins leur contenu était-il déjà en vigueur » avant que les atrocités du XX[e] siècle ne soient perpétrées sous différentes latitudes ; en d'autres termes, G. Radbruch a-t-il ajouté,

> ces règles répondent, de par leur teneur, à une loi suprême [...]. C'est ainsi que, au sortir d'un siècle marqué par le positivisme juridique, cette idée ancienne d'une loi suprême renaît de ses cendres [...]. Le moyen de régler de tels problèmes ressortait déjà implicitement de l'appellation qu'utilisaient jadis les philosophes du droit dans les universités et qui, après être resté inusitée pendant de nombreuses années, refait son apparition aujourd'hui : il s'agit du nom et du concept de *droit naturel*[7].

Il convient de rappeler que le Tribunal pénal international *ad hoc* pour le Rwanda (TPIR) a fait remarquer à juste titre, dans l'affaire *Akayesu* (jugement du 2 septembre 1998), que la notion de crime contre l'humanité avait déjà été reconnue bien avant que le Tribunal de Nuremberg ne le fasse lui-même (1945-1946). La clause dite de Martens y avait contribué (cf. ci-dessous dernier paragraphe de la présente section) ; en fait, des textes d'incrimination analogues, désignant l'humanité comme victime, étaient apparus bien plus tôt dans l'histoire humaine[8].

---

[5] Cf. Cançado Trindade, « International Law for Humankind », ch. XVI-XXIII, 19-171.

[6] A cet égard, il a déjà été signalé qu' « on en vient de plus en plus à considérer que le droit international a pour mission d'assurer un minimum de garanties et d'humanité à tous les hommes, que ce soit en temps de paix ou en temps de guerre » ; J. Pictet, *Les principes du droit international humanitaire*, Genève, CICR, 1966, 28.

[7] G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho [Vorschule der Rechtsphilosophie]*, 3[e] éd. espagnole, Mexique, Fondo de Cultura Económica, 1965, 180.

[8] Paras. 563-565 du jugement rendu en l'affaire *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Affaire No. IT-96-4-1. Jugement, 1 juin 2001.

Le TPIR a également signalé, dans l'affaire *Kambanda* (jugement du 4 septembre 1998), que, dans l'histoire humaine, le génocide avait de tout temps infligé d'immenses pertes à l'humanité, les victimes n'étant pas seulement les personnes massacrées mais aussi l'humanité elle-même (ce qui vaut aussi bien pour les actes de génocide que pour les crimes contre l'humanité)[9].

Nul ne peut nier que la condamnation des violations graves des droits de l'homme, actes de génocide, crimes contre l'humanité et autres atrocités était déjà gravée en substance dans la conscience humaine, bien avant que ces actes ne soient qualifiés ou leur condamnation codifiée sur le plan international, que ce soit dans la Convention contre le génocide de 1948 ou dans d'autres traités consacrés aux droits de l'homme ou au Droit international humanitaire. De nos jours, les crimes internationaux sont condamnés par le droit international général ainsi que par le droit international conventionnel. Cette évolution s'est faite sous l'impulsion de la conscience juridique universelle qui, à mes yeux, constitue la source matérielle ultime de tout droit[10].

Le droit international contemporain (qu'il soit d'origine conventionnelle ou de nature générale) se caractérise dans une large mesure par l'émergence et l'évolution de ses normes impératives (le *jus cogens*), et par une plus grande conscience, à une échelle quasi universelle, de l'importance du principe d'humanité[11]. Les violations graves des droits de l'homme, les actes de génocide, les crimes contre l'humanité, entre autres atrocités, emportent violation d'interdictions absolues relevant du *jus cogens*[12]. Le sentiment d'*humanité*, propre au nouveau *jus gentium* du XXIe siècle, a fini par imprégner tout le *corpus juris* du droit international moderne. J'ai qualifié cette évolution, notamment dans l'opinion concurrente j'ai jointe à l'avis consultatif n° 16 (du 1er octobre 1999) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH) sur le *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable*, dans le cours du processus historique vers une véritable *humanisation* du droit international[13].

---

[9] Paras. 15-16 du jugement rendu en l'affaire *Le Procureur c. Jean Kambanda,* Affaire No. IT-97-23-S, Jugement, 4 sept. 1998. Dans le même ordre d'idées, voir les décisions du TPIR dans l'affaire *Akayesu* susmentionnée, ainsi que dans l'affaire *Le Procureur c. Omar Serushago,* Affaire No. IT-98-39-S, arrêt, 5 fév. 1999, para. 15.

[10] Cf., e.g., Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH), *Massacre de Plan de Sánchez v. Guatemala,* arrêt sur le fond, 29 avril 2004, opinion individuelle de M. le Juge A.A. Cançado Trindade, para. 13 ; Cour IDH, *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*, avis consultatif No. 18, 17 sept. 2003, opinion concurrente de M. le Juge A.A. Cançado Trindade, paras. 21-30.

[11] T.O. Elias, « New Trends in Contemporary International Law », in D. Freestone, S. Subedi & S. Davidson (eds.), *Contemporary Issues in International Law*, La Haye, Kluwer, 2002, 11-12.

[12] Cf. M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2e éd. rev., La Haye, Kluwer, 1999, 210-211 (au sujet des crimes contre l'humanité).

[13] Para. 35 de mon opinion concurrente dans l'avis consultatif de la Cour IDH sur le *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du procès équitable*.

Dans son avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, la Cour internationale de Justice (CIJ) a appuyé la reconnaissance des principes sous-tendant cette Convention comme « obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel »[14]. Dans sa jurisprudence constante, la Cour IDH, lorsqu'elle a interprété et appliqué la convention américaine relative aux droits de l'homme, a systématiquement invoqué les principes généraux du droit[15]. La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a fait de même lorsqu'elle a eu à interpréter et à appliquer la convention européenne des droits de l'homme[16]. Ceux de ces principes qui possèdent un caractère réellement fondamental forment l'assise de l'ordre juridique lui-même, traduisant le *droit au Droit* dont tous les êtres humains sont titulaires[17]. Dans le domaine du Droit international des droits de l'homme, les principes fondamentaux de la *dignité de la personne humaine* et de l'*inaliénabilité de ses droits naturels* relèvent de cette catégorie. Dans son avis consultatif No. 18, sur la *Condition juridique et droits des migrants sans papiers* (2003), la Cour IDH a renvoyé expressément à ces deux principes[18].

Le but ultime du Droit lui-même, de l'ordre juridique, tant au niveau national qu'à l'échelle internationale, est de faire prévaloir le principe du respect de la dignité de la personne humaine. En vertu de ce principe fondamental, tout être humain a, en tant que tel, droit au respect (de son honneur et de ses convictions) quelles que soient les circonstances[19]. Le principe de l'inaliénabilité des droits inhérents à l'être humain, lui, est considéré comme un postulat élémentaire qui sous-tend tout l'édifice du *corpus juris* du Droit international des droits

---

[14] CIJ, *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, 23.

[15] Cf., notamment, Cour IDH, *Cinq pensionnaires c. Pérou*, arrêt, 28 fév. 2003, para. 156 ; Cour IDH, *Condition juridique et droits de l´enfant,* avis consultatif No. 17, 28 août 2002, paras. 66 et 87 ; Cour IDH, *Droit à l´information sur l´assistance consulaire dans le cadre du procès équitable*, avis consultatif No. 16, 1er oct. 1999, paras. 58, 113 et 128. Pour une analyse, cf. A.A. Cançado Trindade, « La Convention américaine relative aux droits de l'homme et le droit international général », in G. Cohen-Jonathan & J.-F. Flauss (eds.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 59-71.

[16] Cf. L. Caflisch & A.A. Cançado Trindade, « Les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *Revue Générale de Droit International Public*, 108, 2004, 5-62.

[17] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 3, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 2003, 524-525.

[18] Para. 157 de l'avis consultatif sur la *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*. Dans l'opinion concurrente (paras. 1-89) que j'avais moi-même jointe à cet avis consultatif, j'avais exposé longuement et de manière détaillée ma propre conception du rôle fondamental et de la place centrale des principes généraux du droit dans tout système juridique (national ou international).

[19] B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, CERIC/Université d'Aix-Marseille, 1999, 18.

de l'homme. Quant aux principes du Droit international humanitaire, d'aucuns ont soutenu de manière convaincante que les traités conclus en la matière représentaient dans leur ensemble l'expression et la mise au point de ces principes généraux, qui sont applicables en toutes circonstances et visent à garantir une meilleure protection aux victimes[20].

Dans l'affaire *Mucić et consorts* (arrêt du 20 février 2001), la Chambre d'appel du Tribunal pénal international *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a émis l'opinion que le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme « proc[édaient] » l'un et l'autre du souci de sauvegarder la dignité humaine, qui était à la base des règles humanitaires élémentaires formulées dans ces disciplines[21]. En fait, le principe d'humanité peut s'entendre de différentes manières. Premièrement, il peut être compris comme sous-tendant l'interdiction des traitements inhumains qui est établie à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. Deuxièmement, son application peut être déclenchée par référence à l'humanité dans son ensemble, s'agissant de questions présentant un intérêt commun, général et direct pour tous les hommes. Et troisièmement, ce principe peut être employé pour évoquer une qualité humaine (faire preuve d'humanité).

Dans l'affaire *Čelebići* (jugement du 16 novembre 1998), la Chambre de 1ère instance du TPIY avait qualifié de *traitement inhumain* l'action ou omission intentionnelle ou délibérée qui causait de graves souffrances (mentales ou physiques) ou constituait une atteinte grave à la dignité humaine :

> les traitements inhumains sont des traitements intentionnellement administrés qui contreviennent au principe fondamental d'humanité ; ils constituent une catégorie dans laquelle entrent toutes les autres infractions graves énumérées dans les conventions[22].

Par la suite, dans l'affaire *Blaškić* (jugement du 3 mars 2000), le TPIY a réitéré cette position en 1ère instance[23]. Il a déjà été fait référence à la clause dite de Martens, dont l'importance peut être ici réaffirmée.

---

[20] G. Abi-Saab, « Les 'principes généraux' du droit humanitaire selon la Cour Internationale de Justice », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 766, 1987, 386 et 389.

[21] Para. 149 de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel en l'affaire *Le procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (alias « Pavo »), Hazim Delić et Esad Landžo (alias « Zenga ») (affaire Čelebići).*

[22] Para. 543 du jugement rendu en l'affaire *Čelebići*, Affaire No. IT-96-21, Jugement, 16 nov. 1998.

[23] Para. 154 du jugement rendu en l'affaire *Le procureur c. Tihomir Blaškić*, Affaire No. IT-95-14, Jugement, 3 mars 2000.

3. Le principe d'humanité dans l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale de l'individu

En toutes circonstances, le traitement accordé aux êtres humains doit respecter le *principe d'humanité*, qui imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale des droits de l'individu (englobant le Droit international humanitaire, le Droit international des droits de l'homme et le Droit international des réfugiés), sur le plan conventionnel et coutumier, aux niveaux international (Nations Unies) et régional. Le principe d'humanité sous-tend, en effet, les deux *observations générales*, no. 9 (de 1982, par. 3) et no. 21 (de 1992, par. 4) du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, à l'article 10 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (traitement humain de toutes les personnes privées de leur liberté)[24]. Le principe d'humanité, généralement invoqué dans le domaine du Droit international humanitaire, s'étend donc également à celui du Droit international des droits de l'homme. Et, comme le Comité des droits de l'homme l'a déclaré à juste titre dans son *observation générale* no. 31 (de 2004), « les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre » (para. 11).

Par loyauté envers ma propre conception, j'ai jugé nécessaire de développer quelques réflexions sur la base du principe d'humanité dans sa vaste dimension, dans de récentes décisions de la Cour internationale de Justice (ainsi que, précédemment, de la Cour IDH). Je l'ai fait récemment, par exemple, dans mon opinion dissidente[25] dans l'affaire de l'*Obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique *c.* Sénégal, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009), dans mon opinion dissidente[26] dans l'affaire des *Immunités*

---

[24] Concernant l'affaire *A.S. Diallo (Guinée c. R.D. Congo)*, tranchée par la CIJ, arrêt, 30 nov. 2010, j'ai estimé opportun de préciser dans mon opinion individuelle, notamment, que le principe d'humanité sous-tend, par exemple, l'article 7 du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, qui protège l'intégrité personnelle de l'individu contre les mauvais traitements, ainsi que l'article 10 dudit Pacte (relatif aux personnes en détention), qui commence par affirmer que « [t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine » (para. 1). Cela comprend non seulement l'obligation négative de s'abstenir de tout mauvais traitement (art. 7), mais également l'obligation positive de s'assurer qu'un détenu, sous la garde de l'Etat, est traité avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine (para. 98).

[25] Paras. 24-25 et 61.

[26] Paras. 116, 118, 125, 136-139 et 179. Dans cette opinion dissidente détaillée, mes réflexions concernant le principe d'humanité sont établies notamment dans leur partie XII, sur les êtres humains en tant que véritables titulaires des droits initialement violés et les pièges du volontarisme étatique (paras. 112-123), ainsi que, dans leur partie XIII, sur l'incidence du *jus cogens* (paras. 126-146), outre les conclusions (principalement les paras. 178-179).

juridictionnelles de l'Etat (requête et demande reconventionnelle, Allemagne c. Italie, ordonnance du 6 juillet 2010), dans mon opinion individuelle concernant l'avis consultatif de la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance relative au Kosovo* (du 22 juillet 2010)[27], ainsi que dans mon opinion dissidente dans l´affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie, Grèce intervenant, arrêt du 3 février 2012)[28].

Le droit international n'est nullement insensible à la pressante nécessité de voir un traitement humain accordé aux personnes et le principe d´humanité s'applique en toutes circonstances, de manière à proscrire tout traitement inhumain, en référence à l'humanité tout entière, afin d'assurer une protection à toutes les personnes, y compris celles qui se trouvent en situation de grande vulnérabilité (paras. 17-20). *L'humanité* est appelée à conditionner le comportement humain en toutes circonstances, en temps de paix, ainsi qu'en périodes de troubles et de conflit armé. Le principe d'humanité imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection de l'individu, et fournit l'une des illustrations des ressemblances ou convergences entre ses branches distinctes et complémentaires (Droit international humanitaire, Droit international des droits de l'homme, et Droit international des réfugiés), au niveau herméneutique, qui se manifestent également aux niveaux normatif et opérationnel[29].

---

[27] Dans l'avis consultatif de la CIJ sur la *Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance du Kosovo* (du 22 juillet 2010), j'ai expressément consacré une section entière (XIII(4)) de mon opinion individuelle détaillée au 'principe fondamental d'humanité' (paras. 196-211) dans le cadre du droit des gens proprement dit. J'ai estimé opportun de rappeler que les 'pères fondateurs' du droit international (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) proposaient un *jus gentium* inspiré par le principe d'humanité au sens large (paras. 73-74). Mon opinion individuelle précitée est imprégnée de mes réflexions personnelles portant sur des considérations fondamentales d'humanité dans le traitement des peuples selon le droit des gens (paras. 67-74) ; la partie VI, quant à elle, est centrée sur l'actualité du *droit des gens* et assortie d'une attention particulière consacrée à la vision humaniste de l'ordre juridique international (paras. 75-96) ; la partie XII met l'accent sur la place centrale des peuples dans le droit international contemporain (paras. 169-176), la partie XIV, sur une conception globale de l'incidence du *jus cogens* (paras. 212-217) ; et la partie XIII, sur les principes du droit international, le droit des Nations Unies et les fins humaines de l'Etat (paras. 177-211). Dans cette dernière partie, j'aborde spécifiquement le principe fondamental d'humanité dans le cadre du droit des Nations Unies (paras. 196-211).

[28] Paras. 32-40 et 61-316.

[29] Sur ce point particulier, cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario – Aproximaciones y Convergencias*, Genève, CICR, 2000, 1-66.

4. Le principe d'humanité dans l'héritage de la philosophie du droit naturel

Le précieux héritage de la philosophie du droit naturel, qui évoque le droit naturel de la raison droite (*recta ratio*), n'a jamais disparu et il importe de le souligner inlassablement, notamment face à l'indifférence et au pragmatisme des *droit d'étatistes* 'stratégiques', si fréquents de nos jours au sein de la profession juridique. Il convient de ne pas passer sous silence le fait que le principe d'humanité s'inscrit effectivement en droite ligne dans la philosophie du droit naturel. Il sous-tend la pensée classique relative au traitement humain ainsi que le maintien de relations sociables, ce également au niveau international.

L'humanité s'est manifestée avec d'autant plus de vigueur dans le traitement des personnes en situation de vulnérabilité, voire d'impuissance, telles que celles qui se voient privées de leur liberté personnelle pour quelque raison que ce soit. Lorsque le *jus gentium* commença à correspondre au droit des gens, il en vint alors à être conçu par ses « pères fondateurs » (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) comme un droit régissant la communauté internationale composée d'êtres humains organisés socialement en Etats (émergents), existant de concert avec l'espèce humaine, correspondant ainsi au droit *nécessaire* de la *societas gentium*. Cette dernière prévaut sur la volonté individuelle de chaque État, dans le respect de l'individu et au bénéfice du bien commun[30].

5. L'humanité et les considérations d'humanité : Précision d'ordre conceptuel

Au regard de ce qui précède, il apparaît vite que le terme 'humanité' a été interprété de différentes manières en droit international moderne, comme dans la jurisprudence du TPIY et du TPIR (cf. ci-dessus). Ces tribunaux *ad hoc* ont clairement relié l''humanité' au principe universel du respect de la dignité de la personne humaine, ou au sentiment d'*humanité*. La Cour EDH et la Cour IDH s'y sont également montrées sensibles en renvoyant abondamment aux principes généraux du droit dans leurs jurisprudences constantes respectives, mais convergentes. La CIJ a elle aussi invoqué des « considérations élémentaires

30 A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2006, 9-14, 172, 318-319, 393 et 408 ; et cf. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens – L'accès des particuliers à la justice internationale : le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, 1-187.

d'humanité », dans le même ordre d'idées[31]. Le sentiment d'humanité et la volonté de faire respecter la dignité humaine sont donc bien présents dans la jurisprudence des tribunaux internationaux contemporains.

Lorsqu'il s'agit, toutefois, d'analyser l'expansion de la personnalité juridique internationale, c'est-à-dire l'émergence de nouveaux sujets du droit international universel d'aujourd'hui, il est nécessaire de préciser certains concepts. Le droit international des temps modernes désigne ainsi comme ses sujets non seulement les Etats mais aussi les organisations internationales et les êtres humains, tant individuellement que collectivement, laissant entrevoir un aspect fondamental de ce que j'appellerai le processus historique d'*humanisation* du droit international. Dans ce contexte, j'ajouterai – comme déjà souligné – à la liste de ces sujets, l'*humanité* en tant que telle, qui a elle aussi accédé à ce statut (cf. section 3 ci-dessus).

Dans son sens collectif (*humankind* en anglais), le terme 'humanité' possède une acceptation distincte et très concrète : il désigne tous les membres de l'espèce humaine pris collectivement (aussi bien, du point de vue temporel, les générations présentes que futures). De fait, un nombre croissant de textes internationaux (traités, déclarations, résolutions et autres) font désormais expressément référence à l'humanité au sens collectif (*mankind* ou *humankind*), en lui conférant des droits propres. Certains concepts sont aujourd'hui en cours d'élaboration pour formuler concrètement les droits reconnus à l'humanité et les conséquences juridiques qui s'y attachent, et leur développement ira vraisemblablement en s'intensifiant dans les années à venir. Tous les progrès réalisés jusqu'ici découlent, comme il a été exposé précédemment, d'une meilleure perception et d'une plus grande conscience des intérêts communs et supérieurs de la communauté internationale dans son ensemble, ainsi que de ses valeurs fondamentales.

6. L'émergence de l'humanité en tant que sujet de droit international

À la faveur de l'évolution du droit international contemporain, la personnalité juridique en droit international, comme on l'a déjà signalé, a cessé d'être l'apanage des Etats. À l'instar de ces derniers, les organisations internationales et les êtres humains (tant individuellement que collectivement) sont désormais titulaires de droits et tenus à des obligations selon le droit international. Et l'humanité en est elle aussi venue à figurer parmi les sujets du droit international contemporain, le *jus gentium* du XXI[e] siècle. Bien qu'il s'agisse là d'un phénomène assez

[31] A.A. Cançado Trindade, « La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles », in D. Prémont, C. Stenersen & I. Oseredczuk (éds.), *Droits intangibles et états d'exception,* Bruxelles, Bruylant, 1996, 53-71, et 73-88.

récent, son origine remonte à la philosophie du droit qui a marqué le début de la seconde moitié du XX[e] siècle, voire encore plus loin.

On se souviendra peut-être que la notion de 'conscience humaine' a été reconnue en jurisprudence dès 1951, dans l'avis consultatif que la CIJ a rendu sur les *Réserves à la Convention contre le génocide*[32], pour être reprise en 1976 par la Commission du droit international (CDI) dans son projet d'articles sur la responsabilité des Etats[33]. Sur le plan doctrinal, c'est au début du XX[e] siècle, à partir des années 1920, qu'ont eu lieu les premières tentatives en vue de formuler les règles du droit commun régissant l'humanité. À la fin des années 1940, Alejandro Álvarez écrivait que le peuple (en tant qu'élément essentiel à la qualité d'Etat) avait enfin fait son entrée dans la vie internationale et qu'il importait au premier chef de rechercher l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble. Aux yeux du juriste chilien, c'étaient la conscience juridique internationale et l'esprit de justice qui allaient permettre la reconstruction du droit international[34].

Ce raisonnement allait être repris et systématisé par C.W. Jenks en 1958[35], puis par R.-J. Dupuy en 1986[36], entre autres, et, en 1966, D. Evrigenis lançait l'idée d'un nouveau « droit universel »[37]. À son tour, dans un article empreint de clairvoyance et paru en 1950, M. Bourquin préconisait que la communauté internationale se voie confier le rôle de « gardienne du droit objectif », surtout devant la menace de « massification » de la civilisation. Par contraste avec la conception traditionnelle, l'Etat allait agir non seulement dans la poursuite de son propre intérêt, mais aussi en tant que membre de cette communauté internationale. Selon lui, la conception volontariste traditionnelle du droit international,

---

32 C.I.J. Recueil 1951, 23.

33 Avec l'adjonction de l'article 19, « Crimes et délits internationaux » ; cf. *Annuaire de la Commission du droit international,* vol. II (2[ème] partie), 1976, 111-113 et 100-102. Cf. aussi les travaux ultérieurs de la même CDI : « Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II (1[ère] partie), 1986, 56-57, et le projet d'articles de 1991.

34 A. Álvarez, « Méthodes de la codification du droit international public : L'état actuel de ce droit », in Institut de Droit International, *Annuaire de l'Institut de droit international – Session de Lausanne*, 1947, 45-47, 50-51, 54, 63-64 et 68-70.

35 C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, 1-442 ; et cf. C.W. Jenks, « The New Science and the Law of Nations », in Institut de Droit International, *Evolution et perspectives du droit international : Livre du centenaire de l'Institut de droit international 1873-1973*, Bâle, Karger, 1973, 330-346.

36 R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/ UNESCO, 1986, 11-182.

37 D. Evrigenis, « Institutionnalisation des droits de l'homme et droit universel », in *Internationales Colloquium über Menschenrechte*, Berlin, Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen, 1966, 26-34.

> [e]n faisant de la volonté de l'Etat la seule force génératrice du droit, [...] déforme le phénomène juridique ; [...] elle oublie que le droit est inhérent à toute société, qu'il existe là-même où aucune organisation étatique ne participe à son élaboration[38].

Les problèmes humains qui nous entourent actuellement à l'échelle internationale n'ont pas manqué d'attirer une attention grandissante sur les conditions de vie des êtres humains dans le monde et d'exercer une incidence directe sur l'édification du droit lui-même. L'être humain se retrouvait donc à nouveau au centre du droit des gens, ce qui a amené M. Bourquin à conclure que : « [n]i au point de vue de son objet, ni même au point de vue de sa structure, le droit des gens ne peut se définir comme un droit interétatique »[39].

Vingt ans plus tard, devant les progrès du droit de l'espace, les experts venaient appuyer l'idée que la *comunitas humani generis* (incarnant la « cohésion morale de l'humanité », selon la philosophie de Francisco de Vitoria) présentait déjà un profil juridique faisant de l''humanité' en soi un « sujet de droit », puisque « son existence en tant qu'entité morale et politique » est une idée qui « devient progressivement réalité, avec toutes les conséquences juridiques que cela comporte »[40]. Depuis, cette théorie a attiré une attention croissante, du moins chez les auteurs les plus clairvoyants. S. Sucharitkul, par exemple, s'est dit d'avis que rien n'empêchait que l'humanité en tant que telle soit sujet de droit international, quitte à être représentée par la communauté internationale elle-même. Cette conception devait prévaloir, grâce à l'*humanisation* du droit international, de façon à « renforcer le statut juridique de l'homme comme sujet de droit » et à sauver l'humanité d'un « désastre imminent » (la menace nucléaire)[41].

Nagendra Singh a fait observer avec lucidité que l'évolution du droit international vers l'universalité ressort du fait que le consensus universel dont ont fait l'objet, avec le temps, les concepts et les normes du droit international (dans des domaines tels que le droit international humanitaire, le droit des traités et le droit diplomatique et consulaire), et ce, en dépit des différences culturelles qui caractérisent la communauté internationale[42]. R. Quadri a pour sa part mis en évidence la nécessité de rechercher le *status conscientiae* des Etats, soutenant que la conscience juridique internationale était la source matérielle de l'ordre

---

[38] M. Bourquin, « L'humanisation du droit des gens », in *La technique et les principes du droit public : Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1950, 35 et 45, et cf. 21-54.

[39] *Ibid.*, 53-54, et 38.

[40] L. Legaz y Lacambra, « La Humanidad, Sujeto de Derecho », in *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado – Homenaje al Profesor L. Sela Sampil*, vol. 2, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1970, 554, et 549-559.

[41] S. Sucharitkul, « L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain », in R.-J. Dupuy (ed.), *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel, Colloque de La Haye de 1983*, La Haye, Martinus Nijhoff/ Académie de droit international de La Haye, 1984, 419 et 425-427.

[42] N. Singh, « The Basic Concept of Universality and the Development of International Law », in Dupuy, *L'avenir du droit international*, 240-241, 246 et 256-257.

juridique international où règne le pluralisme[43]. Il se dégage de la doctrine italienne en droit international une mise en garde concernant l' « unité du monde juridique » :

> il faut voir dans la conscience commune des peuples, ou conscience universelle, la source des normes suprêmes du droit international [...] les principes qui s'inscrivent dans la conscience universelle [...] sont à considérer comme également présents dans les ordres juridiques internes ...[44]

Les droits de l'humanité échappent, par définition, à la réciprocité propre aux relations purement interétatiques[45]. On a fait valoir que la communauté internationale devait, en vue de la restructuration du système international, procéder de manière à assurer la survie et le bien-être de l'humanité dans son ensemble[46].

La CDI, dans le cadre de l'élaboration de son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, a posé en postulat (en 1986) qu'on pouvait concevoir le crime contre l'humanité « dans le triple sens de cruauté envers l'existence humaine, d'avilissement de la dignité humaine, de destruction de la culture humaine ». Chaque individu étant « le gardien de la dignité humaine, le détenteur des valeurs éthiques fondamentales », l'atteinte dont il est la cible peut constituer un crime contre l'humanité dès lors qu'elle heurte la « conscience humaine ». On peut donc conclure – dans la perspective préconisée par la CDI – à l'existence d'un « lien naturel entre le genre humain et l'individu : l'un est l'expression de l'autre ». Il s'ensuit que le mot 'humanité' (dans l'expression « crime contre l'humanité ») s'entend du « genre humain autant dans sa globalité que dans ses diverses manifestations individuelles ou collectives »[47].

De fait, dès les débuts du droit international, on a eu recours aux « notions fondamentales d'humanité » pour régler la conduite des Etats. Ce qu'on en est venu par la suite à appeler les « crimes contre l'humanité » tire son origine du droit international coutumier[48], puis s'est développé dans le cadre du Droit

---

43 R. Quadri, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 113, 1964, 326, 332, 336-337, 339 et 350-351.

44 G. Sperduti, « La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne », in S. Rosenne, Y. Dinstein & M. Tabory (éds.), *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of S. Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, 884-885.

45 P.-M. Dupuy, « Humanité, communauté, et efficacité du Droit », in *Humanité et Droit international : Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, 137.

46 Ph. Allott, « Reconstituting Humanity – New International Law », *European Journal of International Law*, 3, 1992, 219-252, en part. 251 ; cf. aussi Ph. Allott, *Eunomia – New Order for a New World*, Oxford, Oxford University Press, 1990, 10 et 186.

47 *Annuaire de la Commission du Droit Internaitonal*, vol. II (1ère partie), 1986, 56-57.

48 S.R. Ratner & J.S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 45-48.

international humanitaire[49] et, plus récemment, dans celui du Droit pénal international[50]. Les crimes contre l'humanité trouvent aujourd'hui leur expression dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (article 7)[51] ; on se trouve ici au royaume du *jus cogens*.

Lorsqu'un tel crime est commis contre des êtres humains, c'est l'humanité elle-même qui en est victime, comme l'a reconnu expressément le TPIY dans l'affaire *Tadić* (1997), lorsqu'il a statué que le crime contre l'humanité était commis non seulement contre les victimes elles-mêmes, mais contre l'humanité toute entière. Dans l'affaire *Erdemović* (1996), par ailleurs, le Tribunal a fait valoir que les crimes contre l'humanité heurtaient la conscience collective et, transcendant les êtres humains qui en étaient victimes, atteignaient l'humanité elle-même[52].

On trouve dans plusieurs traités actuellement en vigueur et régissant divers domaines du droit international des marques importantes d'un droit commun de l'humanité. Ainsi, la notion de patrimoine culturel de l'humanité trouve son expression dans la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, adoptée en 1972 par l'UNESCO[53]. Du côté du droit international de l'environnement, depuis la référence faite à la notion de 'bien de l'humanité' dans la déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, adoptée à Stockholm en 1972 (principe 18), nombre de traités ont fait de même, constatant les obligations contractées par les Etats parties au nom de l'intérêt supérieur de l'humanité[54]. C'est ainsi que cette dernière a pris sa place en droit international contemporain et est de plus en plus reconnue en tant que sujet de droit dans différents domaines (tels que le Droit international des droits de l'homme, le Droit pénal international, le Droit international de

---

[49] Cf. J. Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Genève/Paris, Institut H.-Dunant/Pedone, 1983, 107 et 77 ; C. Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José of Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, 20.

[50] Cf. D. Robinson, « Defining 'Crimes against Humanity' at the Rome Conference », *American Journal of International Law*, 93, 1999, 43-57 ; pour ce qui est des conditions historiques, cf., e.g., H. Fujita, « Le crime contre l'humanité dans les procès de Nuremberg et de Tokyo », *Kobe University Law Review,* 34, 2000, 1-15.

[51] Cf., e.g., R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute*, La Haye, Kluwer, 1999, 30-31 et 90-102 ; Bassiouni, *Crimes against*, 332 et 363-368.

[52] J.R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2e éd., Ardsley/New York, Transnational Publishers, 1999, 111-112.

[53] Précédée, entre autres, par la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, adoptée à La Haye en 1954.

[54] En outre, on en trouve un autre exemple implicite dans les références faites à la « santé humaine » dans le préambule et à l'article 2 de la Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone (1985), dans le préambule du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1987), ainsi qu'à l'article premier des trois Conventions susmentionnées sur la pollution marine.

l'environnement, et la réglementation internationale des espaces, entre autres). Se pose par ailleurs la question de sa capacité, question qui n'a pas encore fait l'objet d'une analyse suffisante.

7. Conséquences juridiques de la reconnaissance de l'humanité en tant que sujet de droit international

7.1. *Applicabilité du cadre des droits de l'homme*

Le recours au concept même de l'humanité en tant que sujet de droit international fait entrer en jeu d'emblée le cadre des droits de l'homme et y place le débat. Il convient d'en prendre acte, plutôt que de laisser ce fait à l'implicite et comme coulant de source. Comme le droit ou la règle de droit ne produit pas ses effets dans l'absolu, l'humanité n'est pas une abstraction d'ordre sociologique ou juridique : elle est formée des regroupements humains, de l'ensemble des êtres humains vivant en société au fil du temps. Tout comme certaines questions ont été 'soustraites' à la compétence des Etats pour prendre un caractère *international* (essentiellement en ce qui concerne la protection des droits de l'homme et le droit des peuples à l'autodétermination), certaines questions touchant l'ensemble de la planète (comme le changement climatique) sont devenues des préoccupations *communes* de l'humanité.

Là encore, l'incidence de la protection internationale des droits de l'homme et de l'environnement marque la fin de la réciprocité et l'émergence d'obligations *erga omnes*. Le cadre des droits de l'homme est incontournable pour l'analyse du système de protection de l'environnement humain dans tous ses aspects. La question qui se pose en dernière analyse est celle, cruciale, de la survie de l'humanité, par l'affirmation, devant les menaces qui pèsent sur l'environnement humain, du droit fondamental à la vie.

7.2. *La question de la capacité d´agir et de la représentation légale*

Un sujet de droit est généralement considéré comme titulaire de droits et tenu à des obligations, mais aussi doté de la capacité d'agir. S'il est clair de nos jours que l'humanité est le destinataire des normes internationales et a acquis la qualité de sujet de droit international (le droit de la *comunitas humani generis*), sa capacité d'agir demeure *in statu nascendi*, ce qui soulève la question de sa représentation en justice. Le mécanisme de représentation légale le plus perfectionné, malgré ses lacunes et les revers qu'il a connus, est celui que contient la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1982)[55], pour le degré d'institutionnalisation qu'emporte la constitution de l'Autorité internationale des fonds marins.

---

[55] Cf. A. Blanc Altemir, *El Patrimonio Común de la Humanidad – Hacia un Régimen Jurídico Internacional para Su Gestión*, Barcelone, Bosch, 1992, 37-44 et 243-244 ; S. Paquerot, *Le*

Nous nous trouvons à l'orée d'un processus d'élaboration conceptuelle qui pourrait encore nécessiter beaucoup de temps et d'efforts. La conception de l'humanité dans un cadre temporel embrassant les générations actuelles et à venir présente le double avantage de ne pas négliger le facteur temps et de faire en sorte qu'il n'y ait pas de solution de continuité entre les générations, ce qui, comme l'ont déjà relevé les experts, poserait la difficulté de faire valoir les droits des générations à venir, dont l'avènement pourrait être très éloigné. Il n'est pourtant pas impossible de concevoir, dès maintenant, la représentation en justice de l'humanité, dans ses incarnations présentes et à venir[56].

Le principe souverain de la solidarité humaine rend les vivants (la génération actuelle) comptables envers ceux qui sont à naître (les générations à venir) de leur administration du patrimoine de l'humanité et des préoccupations communes de celle-ci, obligeant les premiers à laisser aux seconds un monde qui soit dans un état aussi bon que celui dans lequel ils l'ont eux-mêmes trouvé. Après tout,

> [p]ersonne ne vit en dehors du temps, et la situation juridique de chacun évolue avec celui-ci. Le passage du temps devrait avoir pour effet de renforcer les liens de solidarité qui unissent les vivants à ceux qui les ont précédés en les rapprochant. Il devrait renforcer les liens de solidarité qui unissent tous les êtres humains, jeunes et vieux, dont la vulnérabilité varie tout au long de leur existence [...]. En règle générale, c'est au début, puis à la fin de cette existence que la vulnérabilité est la plus grande, lorsqu'on se trouve devant l'inconnu [...][57].

Nous n'en sommes qu'aux premiers pas et il reste un long chemin à parcourir avant d'en arriver à mettre au point un système de représentation de l'humanité en droit international, de façon que les droits qui lui sont aujourd'hui reconnus puissent être exercés comme il se doit et de manière systématique. À mon avis, les limites actuelles à la capacité d'agir au nom de l'humanité à l'échelle internationale sont sans effet sur l'émergence de sa personnalité juridique et sa qualité de sujet de droit international. Comme j'ai cru bon de le préciser dans l'opinion concurrente que j'ai jointe à l'avis consultatif no. 17 rendu par la Cour IDH (sur la *Condition juridique et droits de l´enfant*, 2002), la personnalité juridique internationale de chaque être humain reste intacte malgré les conditions de son existence[58] et les limites imposées à sa capacité de faire valoir lui-même ses droits en justice. Ce qui importe le plus, en dernière analyse, c'est que chacun a le droit de compter sur un ordre juridique (tant à l'échelle internationale qu'à l'échelle

---

statut des ressources vitales en Droit international – Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité, Bruxelles, Bruylant, 2002, 91-92.

56 Cf. l'analyse et les propositions exposées dans E. Agius, S. Busuttil et autres (dir.), *Future Generations and International Law*, Londres, Earthscan Publications., 1998, 3-165.

57 Cour IDH, *Condition juridique et droits de l´enfant*, avis consultatif No. 17, 28 août 2002, opinion concurrente de M. le Juge A.A. Cançado Trindade, paras. 4-5.

58 E.g., les enfants, les personnes âgées, les handicapés, les apatrides, etc.

nationale) qui protège efficacement ses droits naturels (para. 71). Et cela vaut aussi bien pour l'humanité dans son ensemble que pour chaque individu.

Quoi qu'il en soit, les progrès lents et modestes réalisés à ce jour vers un régime de représentation légale de l'humanité, qui ne sauraient manquer de s'accélérer au cours des années à venir, conjugués à la reconnaissance de sa qualité de sujet de droit international, constituent une nouvelle manifestation du processus actuel d'*humanisation* du droit international public. La conception originale *totus orbis* de Francisco de Vitoria au XVI[e] siècle a ouvert la voie à la formation et à la cristallisation des notions de communauté internationale en tant que telle et d'un droit international véritablement universel[59], dont l'humanité serait l'un des sujets. Il est à la fois possible et souhaitable, en cette époque troublée, de rétablir cette conception et de l'appliquer aux éléments qui constituent la situation internationale contemporaine, si nous voulons vraiment léguer un monde meilleur à nos descendants. À mon avis, nous venons de pénétrer dans la *terra nova* du nouveau *jus gentium* des débuts du XXI[e] siècle, le droit international de l'humanité.

[59] Nous avons certainement déjà dépassé, dans notre discipline, l'étape du *jus inter gentes* fragmentaire de naguère.

CHAPITRE HUIT

LE MYTHE STRUCTURANT DE L'HUMANITÉ : LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE VIVANTE

Eric Wyler* et Alain Papaux**

> Le droit international n'a pas à être conforme à la vision que veulent s'en faire ses analystes [...] il est, effectivement, contradictoire. Il tente [...] de concilier la logique latérale classique du consensualisme avec la verticalité des références à un ordre public de la communauté internationale, dont on reconnaîtra volontiers qu'elle présente elle-même un caractère partiellement mythique[1].

I. Entrée en 'mytho-logique'

L'expression 'mytho-logique' surprendra, semblant claudiquer entre la rationalité sérieuse du *logos*, de la science, et la fantasmagorie fictionnelle et irrationnelle du *muthos*. Des juristes guère boiteux la prirent pourtant au sérieux, analysant « la dérive mytho-logique de la rationalité juridique »[2].

Les modernes, dans un désir louable, devenu par l'excès (*hybris*) coupable, de distinctions, forcées jusqu'aux dualismes, opposèrent ces deux modes de pensée – *logos* et *muthos*, réciproquement indispensables – comme ils le firent de la *res cogitans* et de la *res extensa* (âme v. corps), de la théorie et de la pratique, des sources matérielles et des sources formelles, de la loi et du cas, jusqu'aux doctrines du droit international : des volontaristes et des objectivistes.

* Maître de conférence invité à l'Université de Panthéon-Assas (Paris II), Chargé d'enseignement à l'Institut de hautes études internationales et du développement et à l'Institut européen de l'université de Genève.

** Professeur ordinaire de philosophie du droit et de méthodologie juridique à la Faculté de droit et des sciences criminelles, Université de Lausanne.

1 P.-M. Dupuy, « L'obligation en droit international », *Archives de philosophie du droit*, 44, 2000, 230.

2 Suivant le titre de l'ouvrage commun de J. Lenoble et F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1980.

La vérité se trouve dans l'*entre*, que l'on considère sa nature, la *relation*, ou son lieu, l'*entre-deux*, que nous indiquait Aristote et qu'un R.-J. Dupuy devait faire résonner en droit par son modèle dialectique à l'œuvre dans *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire* notamment. P.-M. Dupuy en amplifiait l'écho dans son *Cours Général*, faisant fond sur un 'juste milieu', une voie médiane interdisant tout dogmatisme jusqu'à laisser ouvertes maintes questions.

« Ce que dit la Bouche d'ombre » de V. Hugo, « l'Ouverture [bouche] cosmique » du *Chaos* d'Hésiode[3], cette ouverture vers les origines, à l'invisible du droit international en l'occurrence, appelle précisément le mythe à la fonction finement campée par Mattéi dès les premières lignes de *Platon et le miroir du mythe* :

> Au commencement est le mythe qui déplie le mystère de la nuit pour laisser poindre la manière, toujours unique, dont le monde nous est donné [...] La fonction paradoxale du *mythe* consiste à briser ce *mutisme* du commencement qui, d'emblée, échappe aux hommes, et à leur transmettre la parole des dieux pour déployer la figure du monde en sa totalité[4].

Comprenant ici 'dieux' comme ce qui est premier, littéralement 'au principe de', savoir aux fondements métaphysiques du droit international.

Aussi aborderons-nous, à la faveur de la Partie I, dans un premier chapitre, l'opposition moderne forcée *logos* v. *muthos* ; exposerons dans un chapitre deux la fécondité du mythe réhabilité *rationnellement* ; pour entamer dans un troisième chapitre une enquête sur la 'Communauté internationale' en tant qu'elle travaille de façon implicite mais opératoire maintes figures du droit international dont l'analyse trop traditionnellement technique masque la finalité, l'invisible, pour n'en exposer que la dimension de moyen, d'*instrumentum*. Le mythe, au rebours, donnera à voir cette présence réelle de la communauté en manière de dévoilement (*aletheia*).

1.1. *Logos versus muthos : une opposition forcée*

La Raison des Modernes, quand elle eut oublié le pluriel des Lumières, devait rejeter sans appel le mythe, suivant une partition trop classique : « D'un côté le *logos*, la parole rationnelle, de l'autre le *muthos*, renvoyant à ce qui n'est pas réel d'une part, à ce qui n'est pas rationnel de l'autre »[5]. Pareille « conception

---

[3] J.-F. Mattéi, *Le sens de la démesure*, Cabris, Sulliver, 2009, 33 pour les deux références.

[4] J.-F. Mattéi, *Platon et le miroir du mythe*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, 1-2.

[5] C. Calame, « Introduction : du mythe au *muthos* », in D. Bouvier, C. Calame & PARSA (eds.), *Philosophes et historiens anciens face aux mythes*, Lausanne/Paris, Etudes de Lettres/Belles Lettres, 1998, 7, citant L. Bruit Zaidman & P. Schmitt Pantel, *La religion grecque*, Paris, Armand Colin, 1991, 103.

surannée »[6] de l'exil du mythe à la marge de la rationalité pour asseoir cette dernière en une exclusive majesté nous prive de modes de pensée certes moins superbes que la déduction et le syllogisme mais combien plus adaptés à l'extrême complexité du monde contemporain : la logique indiciaire, l'abduction, la *mètis* et, justement, le mythe.

Il n'est pas jusqu'aux sciences dites dures qui confessent des *démarches* tout autre que l'enchaînement mécanique de causes homogènes et simples : de T. Kuhn, L. Fleck ou K. Popper affirmant de la métaphysique en toute théorie scientifique aux innombrables travaux de sociologie de laboratoires ou d'histoire des découvertes scientifiques.

Le mythe, en tant qu'il participe du *logos* nous rappelait Aristote, y a sa part dès lors que l'on cesse de l'enfermer dans quelque dualisme pour le porter vers l''entre' à l'exemple des deux internationalistes cités. S'il n'est pas aussi conceptuel que le *logos* au sens usuel de science, il n'est pas moins rationnel en tant qu'il opère déjà une généralisation, par abstraction à partir de cas singuliers ou *occurrences* (par contraste avec l'*historia*, allons-nous voir), pour en saisir les *types*. Révélant de l'ordre dans le chaos des singuliers épars, le mythe participe du *logos*, quand bien même n'atteint-il point à la connaissance des causes en quoi réside la science, partie 'haute' du *logos.* L'accès aux causes se réalisant par le ministère des types, la science ne saurait être opposée au mythe : elle en procède, à tout le moins y emprunte, pour élaborer son discours, mais y perd toutefois la parole contrôlée (déductive) en voulant rendre *raison* de l'invisible, du principe, du premier (*princeps*). Alors le mythe recouvre une plénitude cognitive, aussi multiple que rationnelle (cf. section 1.2 ci-dessous).

1.2. *Les fécondités du mythe*

Sans doute le mythe est-il mobilisateur, prophétique voire messianique, rappelait R.-J. Dupuy à propos de la communauté internationale singulièrement, suivant une lecture politique, stratégique, reflétant dans ce contexte le point de vue de la puissance (*potestas*) auquel certains auteurs réduisent carrément le droit international, sortant en cela du droit tout court. Nous y resterons au rebours et userons du mythe dans une perspective cognitive et épistémologique, donnant à lire des valeurs (donc du *juste*) au sein et en deçà de l'apparence des figures techniques, lesquelles, loin de ne traduire que les résultats d'affrontements de forces étatiques et sociales, exercent de la transcendance, de l''indisponible' par rapport aux Etats rendus à leur nature d'institution c'est-à-dire de *moyen, instrumentum* … de l'homme.

---

[6] Calame, « Introduction », 8. Dans le même sens, Mattéi, *Le sens de la démesure*, 82.

1.2.1. Mythe, historia, rituel et utopie

Restitué au pluralisme, le logos se décline en maints degrés de rationalité, parmi lesquels nous retiendrons aux fins d'une meilleure circonscription du mythe – notre matrice heuristique – l'utopie, l'*historia*, le rituel.

La caractérisation du mythe comme pensée se déployant simultanément dans le visible et l'invisible, dotée chez les Grecs d'une puissance de vérité égale à celle du logos scientifique, permet de le mieux distinguer de ces autres figures, lesquelles, pour être également énigmatiques, ne parviennent pas à dire avec la même profondeur « les choses cachées depuis la fondation du monde »[7].

Dans la *Poétique*, Aristote spécifie l'*historia* comme l'étude ou procédé consistant à repérer « le singulier en tant que tel »[8], où qu'il se trouve. C'est le premier pas que la recherche philosophique elle-même, de par la généralité de son objet – les causes premières – poursuivra et achèvera[9]. Savoir proprement empirique[10], l'*historia* se différencie clairement de l'art poétique, lequel inclut 'la fabrication des mythes'[11] et s'élève précisément au-dessus des singularités en montrant des 'types' ou 'caractères' issus déjà d'une généralisation. Ainsi, le mythe révèle des régularités ou 'règles dans les actions', laissant entrevoir des « effets prévisibles d'une manière probable ou nécessaire »[12].

En droit international, la présence de l'*historia* se décèle en particulier dans les chroniques des événements diplomatiques et autres narrations des faits des relations internationales. Quant aux élaborations forgées par la jurisprudence, en transformant l'anecdotique en exemplaire, elles se dégagent de l'*historia* à leur point de départ (des faits *singuliers*) pour entrer dans le mythe (des *types*), constituant les normes bien davantage qu'étant constituées par elles.

Si le mythe dit à mots couverts le ressort de l'action, le *rite*, lui, la fait. C'est même là peut-être son unique but. Procédant de cette force de cohésion et de dissolution tout à la fois qu'est la *mimesis*, « les rites consistent à transformer en acte de collaboration sociale, paradoxalement, la désagrégation conflictuelle de la communauté »[13]. Selon cette interprétation, là où le mythe raconte symboliquement, le rite met en scène, tout aussi symboliquement, rejouant la transgression

---

[7] Titre du fameux ouvrage de R. Girard, dévoilant le ressort secret des mythes et rituels, savoir le sacrifice de la 'victime émissaire' : « la scène centrale des mythes est le meurtre, souvent collectif, du héros divinisé », R. Girard, *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, Paris, Grasset (Le livre de poche), 1978, 56 ; quant aux rituels, ils miment la crise menaçant le groupe et sa résolution par le meurtre, p. 36.

[8] A. Neschke, « Mythe et histoire d'après Aristote (*Poétique*, chap. 9) ; contribution à une histoire des concepts », in Bouvier, Calame & PARSA (eds.), *Philosophes et historiens anciens*, 115.

[9] *Ibid*., 110.

[10] Le synonyme d'*histori*a est *empeiria*, *ibid*., 115.

[11] *Ibid*., 106.

[12] *Ibid*., 113.

[13] Girard, *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, 34.

comme pour mieux la prévenir, donc la maîtriser : « dans leurs rituels, les sociétés primitives s'abandonnent volontairement à ce qu'elles redoutent le plus le reste du temps, la dissolution mimétique de la communauté »[14].

Résonne en écho, en droit international, l'ancienne pratique des ruptures de relations diplomatiques, équivalant presque à une déclaration de guerre, ultime mise en garde mimant la séparation radicale imminente dont elle était le prélude quasi nécessaire ; mais, interprétée par le futur ennemi comme signifiant déjà la guerre, son pouvoir exorcisant s'en trouvait réduit.

Le rituel, pris en lui-même, apparaît simple mise en scène au service de fins qui le dépassent et dont il n'est que le serviteur aussi innocent que zélé ; il frappe l'œil extérieur par la répétition stéréotypée des mêmes actions qu'il organise de manière invisible. Ainsi des rites foisonnant dans le protocole diplomatique, intimement liés à un contexte précis, à l'image du tapis rouge déroulé sous les pieds d'un chef d'Etat ou du cérémonial officiel relatif à l'accréditation d'un nouvel ambassadeur.

A l'instar du mythe, l'*utopie* raconte et en appelle à l'interprétation, mais moins subtile, son dessein messianique, clairement affirmé, révélant sa vérité au grand jour, en contraste avec le clair-obscur dans lequel se meut le mythe. Voulant mobiliser des forces vers le changement, l'utopie ne saurait marcher dans l'ombre, déroulant un monde imaginaire tantôt effrayant, afin d'en détourner la menace, tantôt idyllique, pour en stimuler l'avènement. Dans ce dernier cas, « l'utopie consiste à définir un objet idéal vers lequel les actions conscientes doivent converger »[15]. A grands traits, l'utopie présente un programme se désintéressant généralement des moyens de sa réalisation concrète, étant un « idéal politique ou social séduisant, mais irréalisable, dans lequel on ne tient pas compte des faits réels, de la nature de l'homme et des conditions de la vie »[16].

Utopiques apparaissent les buts premiers des Nations Unies : « la philosophie générale, les objectifs d'ensemble proclamés, la vision d'un ordre nécessaire et juste sont situés dans un horizon qui est autant une explication, un exposé des motifs du contenu des normes que ce contenu lui-même »[17], ou les fameux 'nouveaux ordres internationaux', économique, politique ou écologique, emphatiquement proclamés advenus[18], non sans comporter en effet deux dimensions, l'une

---

[14] *Ibid.*, 36.

[15] S. Sur, « Système juridique international et utopie », *Archives de Philosophie du Droit*, 32, 1987, 36.

[16] A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France Quadrige, 1993, 1179. F. Rouvillois (*L'utopie*, Paris, Flammarion, 1998) insiste sur la consubstantialité de l'utopie et de la modernité, la première étant « le mauvais génie de la seconde », 43.

[17] Sur, « Système juridique international et utopie », 39.

[18] « Ici, l'utopie a clairement des liens avec la lex ferenda », *ibid.*, 43.

d'effectivité symbolique immédiate, l'autre de réalité en puissance fondée sur sa nature anticipatrice[19].

1.2.2. De quelques fonctions rationnelles du mythe

La réhabilitation du mythe dans sa dimension cognitive doit beaucoup aux travaux des anthropologues. Les juristes y eurent leur part. Ainsi Rouland use-t-il de la notion en tant qu'elle exprime « non pas des élucubrations, mais une loi fondatrice qu'il convient de rappeler et de transmettre »[20]. Rôle fondateur et rôle éducateur, soit un rôle d'exemplarité, symbolique même, qui nous entraîne à des lieues du droit-commandement, droit-*potestas*, ou encore droit-prérogative, indiquant bien davantage un 'ordre à' que l''ordre de'[21], l'ordonnancement et non le commandement soit, selon la belle expression du Doyen Carbonnier, la 'loi pédagogue'[22]. Le mythe permettra de rendre apparent ce qui ordonne, ce qui guide l'*ordre* juridique, l'*autorité* que l'on reconnaît du simple fait d'agir au sein du droit international, son opération dût-elle demeurer invisible. Le mythe en droit réussit là où l'utopie échoue : son absence de lieu (*u-topos*) ne peut que conduire juridiquement à un non-lieu tant le droit est rivé aux 'existants', aux *pragmata*. Aussi le mythe en droit doit-il se rechercher inductivement et non déductivement, de manière *critique*, c'est-à-dire en tentant d'inférer des pratiques, des techniques juridiques, leurs conditions de possibilité métaphysiques, souvent voilées. Ce pouvoir cognitif du mythe bénéficie des plus hautes lettres de noblesse en la personne de Platon, recourant au mythe pour surmonter l'aporie d'une tentative de définition[23] manière de *logos* pur, trop élevé pour l'homme incarné, partant fini.

---

[19] Par exemple, décréter qu'un peuple bénéficie du droit à l'autodétermination peut favoriser son éclosion étatique : « le peuple est donc par anticipation assimilé à un Etat, et l'utopie a souvent possédé ici une force créatrice », *ibid*., 44.

[20] N. Rouland, *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991, 226. Vraisemblance morale et utilité sociale sont au cœur de la réception et de l'usage des mythes par les Anciens, Calame, « Introduction », 6.

[21] Pour ces expressions et leur analyse philosophique, voir notamment A. Papaux, *Introduction à la philosophie du 'droit en situation'*, Paris/Genève, LGDJ/Schulthess, 2006, 95. Les concepts de droit-titre et droit-mesure de A. Sériaux, *Le droit naturel*, Paris, Presses Universitaires de France (Collection Que-sais-je ?), 1993, 75-77 vont dans le même sens. Et plus récemment encore, E. Wyler, « L'influence du positivisme sur la doctrine volontariste et objectiviste en Droit international : plus qu'un facteur de rapprochement ? », in *Les origines du droit international*, Actes du colloque de Genève en l'honneur de Peter Haggenmacher, Genève, publications de IUHEID, (à paraître).

[22] J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1995, 146 ss.

[23] Platon, *Le Politique*, 268d à 269b, La Pléiade, Paris, Gallimard, traduction L. Robin, 1950, 358-259.

Le mythe ne saurait toutefois rivaliser avec la science dans la conception, tripartite, d'Aristote : *historia* | *mythe* | *science*[24]. Le mythe n'atteignant point aux causes, il le cède en pénétration de connaissance à la science. Nous n'ouvrirons pas le débat sur la possibilité d'une authentique *science* juridique, toujours menacée selon l'exergue de prendre le souhait pour le réel, si nuancé, si riche. Ensuite de cette vision par trop théorique du (en vérité *sur* le) droit international, n'en vient-on pas parfois à le penser 'Un', 'Le' droit international, jusqu'à en regretter la fragmentation alors qu'il ne fut jamais 'entier' . . . sauf en utopie. La science, de surcroît, ne nous conduit pas au *princeps*, à l''invisible' puisque le pourquoi lui demeure étranger : son domaine répond au comment. Pour penser le fondement, le mythe est meilleur conseiller, plus excellent messager, rappelant le personnage mythique d'Hermès. Aucune défaite intellectuelle ne résonne dans l'éclipse de la *Rechtswissenschaft* : l'*ars* (*juris*) nous apprend déjà infiniment plus que l'*historia*, l'histoire nue, la simple description des relations internationales, de surcroît souvent réduites à un jeu de forces (*potestas*). En explicitant le 'vrai-semblable', en gagnant en généralité par l'identification des types à l'œuvre plutôt que la juxtaposition de situations ou d'acteurs singuliers dans l'*historia*, le mythe prépare au *logos*, le permet le cas échéant, par l'exemplarité de la figure divulguée, révélée ; pour la présente étude, la figure de la communauté internationale, originaire, se manifestant dans quelque verticalité (Partie 2).

Pour une « mytho-logique » en droit international

Le mythe en sa dimension heuristique nous dit quelque chose de vrai, au sens de rationnel à tout le moins. Partant, si l'exergue confesse pour part la communauté internationale mythique, avec le sain sens de la réserve qui vient à ceux qui ont côtoyé pragmatiquement le sujet, il ne la condamne pas à l'inexistence 'légale' avec cette autre nuance, inverse en quelque sorte de celle mentionnée : la communauté ne relève pas non plus de la 'péroraison doctrinale'[25], du vide, dans la vanité possiblement irresponsable d'un *law in books*. Le mythe révèle dans cet entre-deux de la nuance, dans ce jeu de l'ombre et de la lumière, sa pleine fécondité : derrière des figures techniques classiques du droit international, 'sous' leurs apparences et donc cachées, oeuvrent des finalités juridiques et des attentes anthropologiques voire métaphysiques, souvent méconnues par les analyses trop vite rassasiées par ces données (techniques) immédiates, comme si la forme, de surface, d'apparaître, équivalait *ipso jure* vérité[26]. Nous parcourrons certaines

---

[24] Sur cette articulation ternaire de la montée en connaissance, voir notamment Neschke, « Mythe et histoire d'après Aristote », 105 ss.

[25] P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 208.

[26] Dans cette perspective, voir E. Wyler, « La paix par le Droit : entre réalité, mythe et utopie », in L. Boisson de Chazournes & M.G. Kohen (éds.), *Liber Amicorum Vera Gowland-Debbas,* Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 467-488.

de ces figures classiques, lesquelles livrent des principes – au sens le plus fort de 'au principe de', donc à l'œuvre dans l'institution considérée trop formellement – de cette unité de grammaire (du langage normatif international)[27] que la doctrine internationaliste a devoir de circonscrire et d'expliciter.

L'enquête qui suit, comme l'exige le genre, rassemble des *indices* de ces principes à l'œuvre 'sous' les techniques juridiques, certes les esquissant plus que ne les exhibant, puisque les 'origines' nous demeureront à tout jamais tues. La verticalité du droit international, pour masquée qu'elle soit, s'avérera pourtant seule à pouvoir rendre *raisons* de certaines figures techniques, littéralement les 'supportant'. La communauté internationale prétendra bien plus de réalité que volontaristes ou objectivistes ne veulent lui consentir, pénétrant plus avant le sens d'une affirmation juridique d'une communauté internationale « dont chacun doute de la réalité mais ressent également le besoin »[28].

2. De la verticalité du droit international

« Sans doute, de tels développements normatifs [droit des peuples, libertés fondamentales de la personne humaine ou règles impératives du droit international général] ont-ils supposé le consentement ou l'assentiment plus ou moins formalisé des Etats. Il n'y a toutefois rien d'étrange à ce détour par la volonté souveraine, elle-même indissolublement associée à la formalisation juridique »[29]. L'assimilation de la volonté à un détour, loin de la déprécier, la restitue à son statut épistémologique au sein de la théorie de l'action : elle est un *moyen*, un *instrumentum*, que l'analyse doit assurément intégrer mais qu'elle ne saurait en bonne logique confondre avec la fin, le but poursuivi. Sur le plan des plus hauts principes, comment ne pas reconnaître que le droit est fait pour les hommes et non les hommes pour le droit ? Et il n'est pas jusqu'à l'Etat qui ne s'éprouve *moyen* de finalités, de projets humains, sauf à donner dans les philosophies idéalistes, oublieuses des hommes incarnés, vivants *hic et nunc*, seul sujet pertinent pour une *praxis* tel que le droit.

C'est précisément cette distinction des moyens et des fins qui permet la compréhension épistémologique et anthropologique des obligations assumées, dites parfois 'intégrales', fussent-elles *aussi* consenties *du point de vue des moyens*, *de la technique juridique*, distinction à laquelle l'heuristique du mythe restitue son plein relief, comme le montrera notre enquête sur quelques figures techniques du droit international (2.3) dont le principe de l'analyse ressortit de la logique

---

[27] Dupuy, « Cours Général », 205.

[28] Dupuy, « Cours Général », 247, affirmation avancée dans un Chapitre II intitulé « La communauté internationale : une fiction ? » à l'esprit proche de nos propres préoccupations.

[29] Dupuy, « Cours Général », 210.

de l'obligation assumée (2.1), laquelle sous la technique de l'obligation intégrale laisse entrevoir le dessein profond d'une communauté des Etats 'puis' des hommes (2.2), autant de verticalités du droit international.

2.1. *Obligation consentie et obligation assumée : Sur la présence voilée de la communauté internationale*

Toute enquête, au-delà de la rationalité apparente de la démarche l'inspirant, prend appui sur une intuition fondamentale dont elle cherche à vérifier la justesse.

Ainsi, dans un article dont les résonances porteront loin dans la théorie générale, P.-M. Dupuy, distingue, sans les opposer, l'obligation *consentie* de celle dite *assumée,* mettant à l'épreuve l'intuition selon laquelle derrière la trop évidente synallagmaticité des obligations bilatérales ou multilatérales, auxquelles les Etats ne se soumettent que dans la stricte mesure où l'autre s'y soumet également, pouvait se dissimuler un engagement de nature différente, attestant, lui, d'une véritable transcendance. D'où cette pertinente distinction, l'obligation 'assumée' révélant que « le contrat y cède la place à la reconnaissance par le sujet de droit du caractère unilatéralement obligatoire de l'obligation » ; elle « vaut d'abord par elle-même, du fait de l'autorité attachée à la règle substantielle qu'elle énonce, et non parce que le sujet qui lui est soumis y aurait conventionnellement consenti »[30]. Non seulement c'est le contenu ou valeur de la norme et non ses 'caractéristiques techniques' qui rend compte de la décision de s'engager, mais c'est cette valeur qui se porte de plus garant de son respect. Et l'indérogeabilité de ces obligations assumées atteste de l'existence d'"une sorte d'ordre public international', repérable à travers les notions de *Jus cogens,* d'obligations *erga omnes*, de crime d'Etat ou d'autorité intransgressible de certains principes 'cardinaux', en particulier du droit humanitaire[31].

Certes, les contours de cet ordre public international demeurent difficiles à tracer, vu notamment 'l'indétermination relative' des normes dites impératives, la mollesse du régime de responsabilité élaboré pour crimes étatiques, régime dépassant toutefois la traditionnelle bilatéralité des représailles classiques, ou encore compte tenu de l'efficacité fort modeste de la Cour Pénale Internationale[32].

Il n'en demeure pas moins qu'au-delà du premier pas représenté par le 'consentement' à l'impérativité des obligations, sorte de 'fiction' nécessaire,[33] c'est un dépassement véritable de la pure logique bilatérale qui s'opère ensuite grâce à ces fameuses figures du droit international derrière lesquelles point la silhouette

---

[30] Dupuy, « L'obligation en droit international », 224 (voir encore Dupuy, « Cours Général », 138ss).
[31] *Ibid*., 225-228.
[32] *Ibid*., 225-227.
[33] *Ibid*., 229.

de la communauté internationale, « dont on reconnaît volontiers qu'elle présente elle-même un caractère partiellement mythique »[34].

Le droit international affiche en définitive une double nature, 'contradictoire', ancré dans la synallagmaticité mais s'élevant vers une réciprocité fondée sur la reconnaissance de valeurs partagées : « State based *and* community finalized »[35] à la fois et non pas l'un ou l'autre. Il convient en effet de différencier nettement synallagmaticité et réciprocité, la première traduisant en son principe égalitariste (justice commutative) l'obligation consentie, la seconde révélant l'obligation assumée en admettant une asymétrie des prestations (justice distributive) parfaitement compatible avec la valeur transcendante vis à vis de laquelle se prend l'engagement[36].

Gardant à l'esprit ces dichotomies essentielles, il est maintenant possible de poursuivre l'investigation mythologique, sachant que, cachées à l'abri de la technique juridique contractualiste, s'offrent à la découverte des obligations véritablement assumées révélant la part de verticalité réelle du droit international.

2.2. *Les quatre degrés de verticalité du droit international*

Les obligations assumées laissent entrevoir, du point de vue de l'engagement substantiel, de l'*indisponible* à la volonté des Etats, une forme de transcendance qui pour être emblématique n'est pas unique : « une multitude de mots existe pour signifier ce qui est au-delà du national ou de l'Etat »[37]. En manière de synthèse, nous proposons quatre degrés de verticalité, portés par différentes figures techniques (abordées ci-après sous 2.3).

Son moindre degré ne dépasse guère le stade de la *juxtaposition*, relations *entre* sujets se contentant de faire *société* à l'*occasion* d'objets choisis : société des Etats au sens strict de *Gesellschaft* par distinction d'avec *Gemeinschaft*, les parties y précédant, si ce n'est historiquement en tous les cas conceptuellement, le tout. Le commun s'éprouve ici accidentel : il aurait pu ne pas être, la commodité l'emporte sur la nécessité. On a parlé pendant des décennies de 'société des Etats dans *leur* ensemble', grammaire traduisant une multiplicité de principe, non sans ordre évidemment, mais sans ordre transcendant excédant les prérogatives (ou droits-pouvoirs) des Etats cordonnées suivant une logique contractuelle dont l'obligation consentie ramasse l'esprit tout 'horizontal'. Pourtant, sous la plate

---

[34] *Ibid.*, 230.

[35] E. Wyler & A. Papaux, « The Search for Universal Justice », in R. St. John MacDonald, D.M. Johnston (éds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 273ss.

[36] Sur la portée juridique et philosophique de la distinction synallagmaticité/réciprocité, voir A. Papaux, *Introduction*, 220ss, en particulier 231-235.

[37] J.-M. Sorel, « De l'objet au sujet universel en droit international : la quête de l'impossible ? », in G. Koubi & O. Jouanjan (éds.), *Sujets et Objets universels en droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strabourg, 2007, 141.

apparence de l'"*inter*-étatique' se dresse quelque verticalité, un certain ordre ou système juridique par la vertu duquel la figure juridique du traité peut lier et déployer des effets de droit : la logique contractuelle n'a jamais été constitutive, comme le montrent aussi bien le serment que le contrat de droit interne toujours déjà englobé dans la loi (plus justement dans le système juridique) qui en trace non seulement les limites (bonnes mœurs, objet illicite ou impossible…) mais en instaure le ressort. L'horizontalité pure ne relève donc pas du mythe – lequel au rebours montrera *aux origines*, certes masquées, quelque verticalité – mais de l'utopie ou de l'idéologie, deux positions étrangères au droit comme *praxis*.

On s'élèvera d'un degré par la 'communauté des Etats dans *son* ensemble', révélée par sa blessure dans le crime d'agression par exemple. L'*inter*-étatique domine encore mais l'"inter' laisse entrevoir un commun essentiel, intrinsèque à l'ordre entre les Etats, ordre ou interdépendance atteint comme tel par le crime d'agression. Considérés ces deux degrés, l'*inter*-étatique se révèle ambivalent :

> Le droit international va donc d'abord servir à garantir la souveraineté de chaque Etat, avant de se muer également en garant de leur interdépendance, ambivalence qui reste aujourd'hui la marque de querelles doctrinales entre volontaristes et objectivistes[38].

Un degré de plus est franchi avec l'instauration de 'biens communs', de la non-appropriation des corps célestes jusqu'à l'indisponibilité des fonds marins ainsi érigés en 'patrimoine commun de l'humanité'. Ici, la communauté devient titulaire de droit, consacrant un dépassement de l'*inter*-étatique vers le *supra*-étatique, comme l'atteste le régime de la Convention de 1982 sur le droit de la mer élaboré au nom de 'l'humanité toute entière' (art. 136). Là encore se love une ambiguïté, les non-appropriations mentionnées ne participant pas d'une même logique mais se prenant dans le gradualisme, soulignant un développement de "l'internationalisation négative, c'est-à-dire [à] la volonté de repousser les tentatives d'appropriation par les Etats" (exemplairement Antarctique, espace extra-atmosphérique) à l'"internationalisation positive'[39]. Les *Global Public Goods* (sécurité collective, environnement, stabilité financière,…) marquent à leur manière une étape de ce développement du *supra*-étatique en ce que les Etats n'en sont pas les seuls 'obligés' mais tous les sujets de droit.

Si le *supra*-étatique regarde encore aux Etats, il ne saurait constituer la fin ultime du droit international, lequel, comme tout droit, est une 'invention' (au double sens du terme) humaine, en vertu de quoi le droit est fait pour l'homme et non l'homme pour le droit. En termes philosophiques, l'homme est *au principe* du droit, il est premier au sens le plus fort : le droit n'est qu'un moyen, un *instrumentum* de la vie collective des humains en tant que réalités les plus 'existantes' parce qu'incarnées, agissant *hic et nunc*. On se gardera toutefois d'oublier que la *règle*

---

[38] Sorel, « De l'objet au sujet universel », 145.

[39] Pour ces deux notions, voir Sorel, « De l'objet au sujet universel », 147.

de droit s'induit de *régularités (regula)*, 'ce qui revient le plus souvent', découvrant un moment intrinsèque de généralisation qui exclut l'individu comme tel *au principe* du droit : *ubi societas ibi ius* disaient déjà les Romains. Le droit vient *de* la société (ou avec elle) et non pas vient *à* la société comme le voulaient les fables philosophiques du contrat social, fondement contrefactuel problématique pour une branche de la *praxis*. Le juriste, pénétré de cette mission éminemment pragmatique et méditant sur son fondement, préférera l'humanité en chacun, l'*humanitas*, à l'*individu* lequel, *en tant que singulier*, échappe à toute *regula*. Où se révèle le quatrième degré, *méta*-étatique, l'homme au principe de tout droit, que les réflexions sur les droits de l'homme distinguent sous l'espèce de la dignité de la *personne* humaine : « La dignité est le principe premier du système juridique parce que la personne humaine est l'horizon ultime du droit, en réalité sa finalité »[40]. L'auteur de préciser que « le principe de dignité de la personne humaine [...] n'a pas pour horizon la protection d'une personne particulière, ni même d'une catégorie de personnes, mais de l'humanité en général »[41].

Le mythe permet de comprendre ici, à l'encontre d'un lieu commun, que métaphysique ne rime pas nécessairement avec abstraction, Idées ou idéalités, mais qu'elle peut être pragmatique, inductive, enracinée. Que la philosophie du droit doit tendre non pas à une théorie de l'Idée du droit mais à une théorie de la pratique du droit ou 'droit en situation'[42]. Dans pareille conception pragmatique, « Que l'universel, sous ses différentes formes, soit un objet ou un sujet, n'a finalement qu'une importance relative. Avant tout, c'est une *donnée incontournable* qui est l'*essence* même du *droit international* »[43]. Cette métaphysique (le point de vue de l'"essence' ou le 'au principe de') consonant avec la réalité pratique ('donné incontournable') rend bien la notion d'*humanitas*, de transcendance *méta*-étatique telle qu'*exercée* dans les notions consacrées de crime contre l'humanité, de dignité intrinsèque des 'membres de la famille humaine' (Déclaration universelle de l'UNESCO, 1997, sur le génome humain et les droits de l'homme), de dignité de l'être humain en matière de biologie et de médecine (Convention d'Oviedo, 1997), jusqu'à celle de responsabilité internationale des Etats dans le projet « Ago » de la Commission du droit international (préludant au texte final de 2001) dont l'article 19 ne se référait plus à la communauté des Etats mais aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale.

Cette transcendance, verticalité proprement méta-étatique, se concevant à partir d'une métaphysique induite des réalités pratiques, on ne s'étonnera plus que des figures techniques puissent l'*exercer* et en cela la faire affleurer à la faveur de la maïeutique du mythe.

---

40 M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 58, 2007, 18.

41 *Ibid.*, 21.

42 Voir à ce titre notamment Papaux, *Introduction.*

43 Sorel, « De l'objet au sujet universel », 151, nous soulignons.

2.3. *De quelques figures techniques exerçant la communauté internationale en ses divers degrés de verticalité*

Les figures techniques abordées ne seront pas considérées pour elles-mêmes, en leur mécanisme – ce serait encore la confusion des moyens et des fins, à laquelle succombent trop souvent les analyses formalistes –, mais pour le service que l'on en attend, leur 'pour-quoi', comme tout *instrumentum*. Approche d'authentique positivisme puisque regardant à ce que fait la technique dont on use, la visée sociale en quoi son âme consiste : « Tout art et toute investigation, et pareillement toute action et tout choix tendent vers quelque bien, à ce qu'il semble » dira Aristote en ouverture de L'*Ethique à Nicomaque*. Le redisant en termes juridiques, l'enquête d'obédience mythologique sur les techniques révèle *par la médiation* des 'clauses opératoires' ce qui se trouve *sous* les 'clauses proprement normatives'[44], ce qui les travaille et les rend telles, une verticalité verrons-nous, que le consentement des Etats ne constitue pas en toute rigueur de pensée puisqu'un consentement n'a de pertinence en droit que si une norme déjà *juridique* lui permet cet effet. Sauf à affirmer que le consentement, dit 'constitutif', s'auto-octroie cette portée juridique, sur le modèle fictionnel du contrat social, mouvement d'auto-fondation ou auto-transcendance dont J.-P. Dupuy a montré qu'il ne participe en rien de la Raison mais, plus gravement, du sacré…[45] soit d'une forme de verticalité, d'inégalité, de Différence ou encore d'Altérité, et finalement d'Indisponible (à la volonté des cocontractants).

L'approche mythologique se trouve une fois de plus justifiée, qui découvre que derrière la 'technologie contractuelle', à son principe, opère une matrice consensuelle, plus originelle, incarnée dans le serment, engagement envers la transcendance, corrélativement respect de la parole donnée au divin, dont la promesse entre humains n'est que la résultante[46].

La technique en tant qu'aménagement de formes s'inscrit dans l'ordre de l'apparaître, dont chacun sait l'importance en droit, au titre d'indice d'une réalité plus profonde à laquelle il est possible d'accéder par interprétation. La donnée technique semble pourtant pouvoir se passer de 'ré-flexion' sur les valeurs et les finalités *au principe* des figures techniques, jusqu'à la plus éminente d'entre toutes, *pacta sunt servanda* :

> Le problème du fondement de la règle *pacta sunt servanda* et des moyens de l'affermir est le type même de la question théorique qui ne paraît pas faire problème

---

44 Sur cette distinction, voir notamment Dupuy, « Cours Général », 127, qui nous invite à ne pas confondre la 'technologie contractuelle' du droit des traités avec le résultat de ce processus qu'est la norme juridique, la norme 'substantielle'.

45 J.-P. Dupuy, *La marque du sacré*, Paris, Carnets Nord, 2008.

46 Le serment est un 'terme de droit signifiant « dépôt garantissant la bonne foi d'un plaideur et consacré au service des dieux en cas de perte du procès »', *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1992, 1928.

> pour les gouvernements… [lesquels] continuent d'employer le traité comme une technique très précieuse de prédétermination de l'avenir tant qu'il existe un taux de concordance suffisant entre les dispositions conventionnelles et les conduites ultérieures qu'elles visent. Ce taux de concordance doit être respecté non pas au nom d'un dogme mais simplement pour que les Etats continuent d'utiliser un instrument technique qu'ils s'accordent à reconnaître comme fort commode[47].

On se gardera d'arrêter le regard à la volonté superficielle – ce qui apparaît à la surface – de maîtrise des institutions comme si la volonté – et donc la logique contractuelle – pouvait et disait tout, maintes figures techniques montrant au rebours qu'elle se trouve débordée de toutes parts (voir les sections qui suivent).

Pour dépasser cette semblance de vrai qui caractérise tout 'savoir-faire', soit un faire insuffisamment conscient de son savoir – la commodité de l'institution est critère suffisant relevait G. de Lacharrière –, la doctrine s'avère de précieux secours réalisant la mise à distance de l'immédiateté des apparences toute dominée par ce 'vrai-semblable'. Le droit international, par le ministère de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, témoigne d'une lucidité épistémologique enviable. L'on retrouve ainsi la *doxa*, celles des doctes du droit en l'occurrence, laquelle – comme la *tekhne* et tout *instrumentum* – porte en elle la possibilité d'

> une voie pour l'entente de ce qui est l'être (*to éon*) et des choses qui paraissent (*dokounta*) car les deux s'entendent à condition d'arriver à ce point critique où, à travers la *doxa*, on voit ce qui est de toute éternité immuable[48].

Se dessine une remontée par les techniques circonscrivant toujours plus précisément cette transcendance, esquissée déjà : l'inter-étatique (communauté des Etats dans *leur* ensemble, puis communauté des Etats dans *son* ensemble), puis le supra-étatique et enfin, plus précisément *au principe*, le méta-étatique (l'*humanitas*), que nous parcourrons en sept figures juridiques.

2.3.1. La bonne foi 'hors la loi' : L'article 18 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités

Pour une pensée positiviste assimilant juridicité à obligatoriété et faisant coïncider temporellement effet contraignant des obligations conventionnelles avec entrée en vigueur du traité, l'article 18 CV, « stipulant qu'un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but… lorsqu'il a signé le traité sous réserve de ratification… [ou] a exprimé son consentement à être lié par le traité dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité », présente une difficulté insurmontable, au-delà du problème d'interprétation portant sur

---

[47] G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, 201-202.
[48] A. Cauquelin, *L'art du lieu commun. Du bon usage de la doxa*, Paris, Seuil, 1999, 62.

'l'objet et le but' du traité, sur lequel s'est concentrée la doctrine[49]. Comment, dans pareille logique formaliste, expliquer qu'un traité puisse exister juridiquement avant même son entrée en vigueur et déjà requérir un certain comportement en vue de sa sauvegarde ? Sinon que la bonne foi, en tant que transcrite ici dans une convention, emporte une obligation assumée par les parties signataires qui préexiste à l'acte volontaire de ratification traduisant, lui, l'obligation consentie. Le mythique article 18, rappelant que la bonne foi préside à l'élaboration d'un traité potentiellement juridique, bafoue la théorie des sources formelles qui ne réserve qu'un rôle 'subsidiaire' aux principes généraux. Il revitalise de plus la distinction d'une importance cardinale entre droit international général et droit international particulier, le premier se composant exclusivement de principes généraux de droit indisponibles – dont l'existence ne peut être remise en question par les volontés étatiques –, le second ouvrant accès à d'éventuelles obligations assumées grâce à la technique des obligations consenties.

2.3.2. La compétence de la compétence : un principe indisponible

En bonne doctrine, à laquelle souscrit complaisamment la CIJ, du moins en apparence, la compétence du juge international repose fondamentalement sur le consentement des parties au litige[50]. En conséquence, non seulement le juge doit-il s'assurer de la réalité et validité dudit consentement, mais il s'interdira de trancher au fond un différend dont la nature impliquerait l'examen du comportement d'un sujet tiers non lié par sa juridiction[51]. La CIJ n'est-elle pas allée jusqu'à donner effet à la 'réserve automatique' jointe à l'acceptation de sa juridiction par des Etats soucieux de s'arroger le pouvoir de 'censurer', au cas par cas, l'intervention des juges, au mépris de l'article 36(6) du Statut de la Cour, prévoyant précisément que la Cour a la compétence de la compétence ? Aussi se plaît-on à souligner qu'à la différence des juridictions internes, la juridiction internationale est purement consensuelle.

A nouveau, cette thèse, en s'arrêtant au moyen technique, savoir ici une déclaration unilatérale permettant l'accès à un régime juridique, perd de vue l'essentiel. Libres d'attribuer compétence à la CIJ dans un cas donné (pour autant bien entendu que, par une clause compromissoire incluse dans un traité, ils n'aient pas accepté à l'avance la juridiction de la Cour), les Etats en litige ne peuvent, une fois que la Cour s'est jugée compétente, remettre en question ses pouvoirs

---

49 Voir par ex. L. Boisson de Chazournes, A.-M. La Rosa & M.M. Mbengue, « Article 18 », in O. Corten & P. Klein (éds.) *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 589ss.

50 Par exemple, la CIJ affirme que « la compétence de la Cour ne peut être établie qu'en recherchant la volonté des Parties » (CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales,* arrêt, 15 fév. 1995, C.I.J. Recueil 1995, 24).

51 C'est le fameux principe dit de 'l'Or monétaire'.

de juridiction tels qu'établis par le Statut et inhérents à un système juridictionnel objectif dont les règles ne sauraient être changées que dans le respect d'autres règles faisant intervenir l'ensemble des Etats. Certes, ce régime peut lui-même aménager quelques obligations susceptibles d'être interprétées dans la logique de la synallagmaticité, à l'image des réserves accompagnant la déclaration facultative d'acceptation de la juridiction de la CIJ, invocables par l'Etat adverse défendeur conformément à une stricte égalité. Mais l'article 36(3) qualifie néanmoins à juste titre le système présidant à l'acceptation de la juridiction de la Cour par les déclarations unilatérales de 'réciprocité', ces déclarations divergeant notablement entre elles, notamment du point de vue de l'étendue des réserves apportées à la compétence de la Cour. Il n'est donc pas exigé des Etats de souscrire dans une mesure identique à la juridiction de la CIJ, le principe d'égalité des parties au procès requérant seulement la possibilité, le cas échéant, de se prévaloir de la réserve de l'Etat adverse. Au demeurant, l'impossibilité de toute dérogation unilatérale au Statut de la Cour lui-même atteste de la verticalité du système tout entier ; les Etats n'ont en effet aucune prise sur la procédure, pas plus que sur le principe de la compétence de la compétence qui en est la norme suprême et qu'il faut lire ainsi : le Juge a seul le pouvoir de *juridiction* de décider dans un cas d'espèce s'il a compétence ou non en regard des dispositions procédurales pertinentes et de celles par lesquelles les parties ont sollicité son intervention[52]. Même lorsqu'elle accorde effet à la réserve automatique et se déclare en conséquence incompétente, la Cour a en réalité bel et bien exercé sa juridiction.

2.3.3. La Reconnaissance d'Etat : De l'horizontalité technique à la verticalité institutionnelle

A première vue, la figure de la Reconnaissance, d'Etat, semble échapper à toute enquête mythologique, son caractère discrétionnaire et unilatéral ne prêtant pas au doute en pratique. Seuls ses effets juridiques demeurent controversés, 'déclaratifs' pour les objectivistes, 'constitutifs' pour les volontaristes, 'mixtes' pour une doctrine plus nuancée.

Pourtant, la persistance étatique à ne reconnaître que des entités présentant une ressemblance marquée avec un type 'Etat de droit international', ramassé dans le triptyque *territoire/population/gouvernement souverain* (ou *gouvernement capable d'entretenir des relations internationales*), montre que le point nodal de convergence des pratiques de Reconnaissance n'est autre qu'une norme du droit international général fournissant le moule dans lequel s'insèrent inéluctablement toutes les Reconnaissances individuelles. Il appert que l'Etat, certes libre de reconnaître, ne maîtrise pas plus la notion internationale d'Etat que les effets de sa propre Reconnaissance. Le pouvoir discrétionnaire parfois allégué 'absolu' de

---

[52] Voir E. Wyler, « La détermination par la Cour de sa propre compétence », in Ch. Apostolidis (éd.), *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, Dijon, Editions Universitaires De Dijon, 2005, 21ss.

reconnaître ou non l'Etat *in being* masque le fait, avéré par une pratique comportant seulement quelques rares exceptions, que la Reconnaissance ne porte que sur des entités remplissant, peu ou prou – les appréciations variant somme toute dans une faible mesure –, les conditions d'existence étatique au sens du droit international.

Non seulement le mythe garde dans la brume ce phare guidant les Reconnaissances qu'est le type 'Etat', mais il cèle encore une vérité, plus inavouable, la relativité des effets juridiques de la Reconnaissance à raison du moment auquel elle est délivrée. Les premières Reconnaissances individuelles, si elles participent toutes à l'acquisition du *statut* d'Etat au sens du droit international du *nasciturus* dans la mesure où ledit statut lui est conféré suite à la Reconnaissance émanant d'une masse critique d'Etats, seule susceptible de réaliser la cooptation globale nécessaire, n'attribuent en effet nullement la qualité internationale d'Etat si on les considère isolément, sans rapport les unes aux autres[53]. A elle seule, la voix d'un seul Etat pèse donc peu, tout en contribuant en tant que telle à la naissance internationale de l'entité, pourvu qu'elle se soit fait entendre avant le 'seuil' ou nombre minimal de Reconnaissances 'unilatérales' requis. Les Reconnaissances effectuées après ce seuil, elles, ne concourrant pas à l'émergence de la qualité internationale d'Etat, ne font que la confirmer ou consolider. Derrière l'apparence d'un contrôle total (pour les tenants de la thèse des effets exclusivement 'constitutifs' de la Reconnaissance), de l'absence totale de contrôle (pour les tenants de la thèse des effets exclusivement 'déclaratifs') sur l'émergence d'un nouvel Etat de droit international, ou, selon la théorie 'mixte', d'effets 'constitutifs' pour l'Etat auteur d'une Reconnaissance (opposabilité de la personnalité juridique) mais 'déclaratifs' sur la naissance étatique, opère la réalité mythique, de façon plus subtile. Tandis que les constitutivistes, tout en s'apercevant qu'une entité non reconnue ne peut prétendre être Etat au sens du droit international, ne voient pas que la Reconnaissance individuelle, située sur le plan du droit international particulier (relation bilatérale), ne déploie pas d'effets constitutifs sur l'attribution globale de la qualité étatique comme telle, les déclarativistes, eux, comprenant bien qu'une seule Reconnaissance unilatérale ne saurait porter l'Etat candidat à l'existence internationale, méconnaissent que la Reconnaissance entendue institution du droit international général a des effets précisément toujours constitutifs.

Ainsi, le mythe œuvre sur les deux plans du droit international, particulier *et* général. Du point de vue de ce dernier, des refus de reconnaître signifiés par une minorité récalcitrante d'Etats sont tout aussi inopérants face à la Reconnaissance majoritaire que quelques Reconnaissances individuelles face à l'absence de Reconnaissance de la part de la majorité… En d'autres termes, la

---

[53] Pour un exposé complet de cette théorie, voir E. Wyler, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'Etat. Une approche épistémologique du droit international,* Bruxelles, Bruylant, 2013, spéc. 272-321.

Reconnaissance unilatérale et *discrétionnaire*, en révélant la participation ou l'adhésion à la naissance internationale d'un Etat – aspects consensuels auxquels s'arrêtent les volontaristes – masque la soumission à deux obligations assumées différentes, à celle donnant les critères de l'Etat au sens du droit international général d'une part (certes, parfois interprétée à la limite de la bonne foi, à l'image des quelques Reconnaissances d'entités 'fantoches' dont l'histoire nous fournit des exemples), à celle requérant la Reconnaissance par une majorité d'Etats aux fins de l'acquisition du statut d'Etat, d'autre part. On ne peut dès lors qu'emboîter le pas à ceux qui ont saisi la fonction fondamentale de la Reconnaissance d'Etat ou de la Reconnaissance tout court en droit international, ordre juridique dont les sujets exercent en l'absence de recours systématique au juge des compétences quasi-juridictionnelles : ainsi H. Lauterpacht, relevant que « recognition touches the life of States in its most vital aspects »[54] ou J. Combacau/S. Sur, que « la reconnaissance [...] joue un rôle central dans le fonctionnement du monde de représentations qu'est le système juridique international »[55].

2.3.4. L'organisation internationale, entre Vertrag et Vereinbarung

Nonobstant de considérables différences entre les organisations internationales, la création *ex nihilo* et *hic et nunc* d'une organisation par des Etats selon les modalités de leur choix grève apparemment toute analyse autre que volontariste d'une lourde hypothèque. Non seulement la liberté étatique d'action est manifeste *ab initio*, mais elle l'est encore ultérieurement, de façon permanente, principalement en regard de la possibilité de voter pour ou contre les décisions prises au sein des organes communs.

Toutefois, nombreux sont les indices d'une perte de maîtrise de l'existence de la créature juridique étatique, attestant d'une autonomisation progressive de celle-ci, fruit d'une véritable 'pratique' institutionnelle. Les pouvoirs et compétences limitativement énumérés dans la Charte constitutive ne manqueront pas d'être étendus par une interprétation téléologique découvrant des 'pouvoirs implicites', et la pratique subséquente de l'organisation, à l'image de la fameuse abstention valant vote affirmatif au sein du Conseil de sécurité onusien, modifiera elle aussi les règles originaires du jeu jusqu'à apparaître *contra legem*, faisant prévaloir le *law in action* sur le *law in books*. Mais ce sont surtout les procédures de vote, quelles qu'en soient les modalités, qui fragilisent la position de chaque Etat membre vis à vis de l'ensemble institutionnel. Lors d'un vote ponctuel, le principe d'unanimité peut faire échec à la volonté collective si une seule voix s'élève contre toutes les autres, et le principe majoritaire, lui, sacrifie systématiquement les avis minoritaires. Si cette verticalité du système se donne à voir d'emblée,

---

[54] H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947, 47.

[55] J. Combacau & S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 8e éd., 2008, 26.

l'autre dépassement de la volonté individuelle dans la prise de décision, pour être voilé, n'en possède pas moins l'efficacité propre à la mytho-logique : chaque Etat-membre a d'avance accepté la possibilité de se trouver dans le camp des perdants dans un nombre indéterminé de cas, sans connaître du tout les enjeux de chaque vote futur ! Autrement dit, à l'aurore de la naissance de l'organisation, tous ont sacrifié leur intérêt individuel sur l'autel d'un intérêt commun, révélé par le mythe, intérêt entendu *a priori* supérieur et au nom duquel sont adoptées nombre d'obligations véritablement assumées.

Si, à la surface, la société des Etats sécrète en apparence un droit paraissant ne ressortir qu'à la figure du contrat ou *Vertrag*, savoir un « accord de plusieurs personnes dont les intérêts diffèrent »[56], donc un compromis, elle peut produire en profondeur des normes prises au sein d'une *Vereinbarung,* véritable communauté *instituée* (par contraste avec la *Gemeinschaft*, communauté *naturelle* car sans origine) par accord impliquant nécessairement une transcendance, visant à « satisfaire à des intérêts communs »[57]. En tant que « les Etats peuvent créer du droit objectif quand ils adoptent par *Vereinbarung* une règle qui doit régir leur conduite de façon permanente »[58], le concept de *Vereinbarung* est propre à désigner adéquatement ces petites ou grandes communautés que forment certaines organisations internationales écloses au sein d'une communauté internationale toujours déjà là en même temps qu'en perpétuel devenir et située, elle, complètement hors d'atteinte de tout acte de volonté unilatéral et ponctuel de ses membres, communauté internationale celée par le mythe aux fins d'en mieux assurer l'emprise.

En définitive, loin d'être purement interétatique, le droit international dessine en permanence un 'au-delà' de l'Etat qui est aussi indéniablement un 'au-dessus', la communauté internationale s'affirmant tout à la fois comme son horizon et son milieu d'exercice.

2.3.5. Le patrimoine commun de l'humanité : de l'étiquette à l'objet

Dans l'approche traditionnelle, le patrimoine commun de l'Humanité, cet 'objet universel à protéger'[59], apparaît comme une technique visant à doter la communauté internationale, réelle ou fictive, d'une personnalité juridique internationale, ainsi qu'à promouvoir une gestion commune de certains biens (par exemple le fond des mers), si possible sous la responsabilité d'une autorité supranationale (par exemple l'Autorité des fonds marins). De cette 'internationalisation positive',

---

[56] H. Triepel, *Droit international et droit interne* (1920), Paris, Pedone (réimpression par Les Editions Panthéon-Assas), 2010, 44. On doit la distinction entre *Vereinbarung* et *Vertrag* à Karl Binding, dont les définitions sont citées par Triepel.

[57] *Ibid*., 52.

[58] *Ibid.*, 62.

[59] Sorel, « De l'objet au sujet universel », 146.

on distingue une 'internationalisation négative', simple mise hors de portée des appétits des Etats puissants de quelques espaces ou biens décrétés a priori soustraits à la souveraineté étatique[60].

Le peu d'effectivité encore de cette internationalisation positive comparé aux réussites de l'internationalisation négative ne saurait occulter l'avancée faite par la communauté internationale, plaçant patiemment ses pions sur l'échiquier du droit international dans un mouvement qu'un auteur perspicace avait qualifié de 'stratégie indirecte'[61]. Aux craintes de l'hégémonie de l'"investisseur-pionnier' s'est substitué l'espoir que l'Autorité des fonds marins donne corps à la poursuite d'un authentique intérêt commun. Arendt ne nous rappelait-elle pas que les hommes ne maîtrisent avec quelque fermeté que le point de départ de leurs actions mais pas leur trajet et moins encore leur fin effective ? La trajectoire peut se révéler heureuse, comme dans l'élaboration d'une titularité de l'humanité se dessinant dans le passage du 'patrimoine mondial' au 'patrimoine de l'humanité'[62]. Parallèlement, s'y renforce l'idée d'une personnalité juridique de l'humanité, déjà présente, en creux, dans l'internationalisation négative dont bénéficient les espaces extra-atmosphériques, mais affirmée, certes encore inchoativement, dans l'internationalisation positive avec l'Autorité internationale des fonds marins agissant expressément dans l'intérêt de toute l'humanité. Son effectivité déficiente affecte les techniques juridiques mobilisées mais non la symbolique engagée par les assertions de non-appropriation par les Etats et simultanément de limites à leur volonté, soit un au-delà des Etats, de l'indisponible, espoir d'un sanctuaire pour les hommes, en résonance avec quelque aspiration à du supra-étatique.

D'aucuns, au nom d'un réalisme souvent brutal, jugent risibles ces tentatives, tant l'*auctoritas* qu'elles traduisent apparaît fragile face aux puissances, *potestas*, et à leur appétit inextinguible. Platon, éthiquement, Aristote épistémologiquement, ne nous ont-ils pourtant pas démontré la double inanité de ce 'droit' du plus fort, résultant de l'affrontement des forces (sociales ajouteront les sociologues), le puissant imposant sa volonté au faible et faisant ainsi le droit, à savoir le juste ? On perd de la sorte aussi bien l'essence du droit que l'épaisseur de l'histoire, les Anciens ayant reconnu la valeur pédagogico-éthique des normes juridiques : rendre meilleurs les membres de la collectivité afin que la vie de

---

[60] *Ibid.*, 147.

[61] G. Abi-Saab, « Cours général de Droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 207, 1987-VII, 310.

[62] J. Verhoeven, « Considérations sur ce qui est commun, Cours général de Droit International Public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 334, 2008, 412-13, soulignant la vérité technique modeste de ces concepts, à savoir qu'aucune 'dénationalisation' s'en est suivie, ce qui ne fait que corroborer l'utilité de la perspective mythologique révélant le but (*telos*) de l'institution analysée, cette finalité dût-elle ne pas être pleinement assumée. Comme souvent en droit international, les moyens ne sont pas à la hauteur des fins ; ils reflètent toutefois parfaitement l'état actuel du collectif des Etats.

chacun fasse davantage sens[63]. Même guère effective, la norme du simple fait d'exister, d'entrer dans les discours des hommes, change leur contexte cognitif, d'autant plus profondément que le symbolique constitue une dimension essentielle de toute praxis. Les potentialités normatives contenues dans l'expression 'patrimoine commun de l'humanité' renvoient, elles, à la notion de matrice, à la profondeur sémiotique négligée : elle produit du nouveau, lui imprimant une direction reconnaissable mais aucunement un cadre aux parois rigides comme le pense le positivisme juridique avec l'idée de principe-cadre, nostalgique d'une maîtrise des institutions (*social engineering*) dont nous savons depuis des millénaires – par Platon et Aristote pour reprendre ces deux autorités – qu'elles sont frappées de contingence.

Les portées symbolique et matricielle de tout concept juridique mises en relief à la faveur de l'analyse du 'patrimoine commun de l'humanité' valent a fortiori pour les droits de la personne humaine et le droit de l'environnement, lesquels en effet s'éprouvent comme autant de conditions de possibilité – donc plus *fondamentales* – de l'érection d'un patrimoine de *l'humanité* c'est-à-dire d'un patrimoine échappant aussi bien à la volonté des Etats qu'à celle des individus, proprement *indisponible* (juridiquement), indice d'une transcendance à l'œuvre, du travail accompli de quelque verticalité, 'une certaine forme d'existence objective' de l'ordre juridique international[64], celle d'un supra-étatique pointant vers un méta-étatique … parce que le présupposant nécessairement.

2.3.6. L'Humanité dans l'individu : Les droits de la personne humaine

Que l'Etat ne soit qu'un moyen s'impose à la pensée par le ministère du paradoxe institutionnel que M. Villey relevait en matière de droits de l'homme : plus l'Etat est puissant plus il faut protéger l'individu contre son possible arbitraire, en multipliant ses droits ; mais comme la protection de ses libertés est en dernière ligne assurée par l'Etat, celui-ci devient encore plus puissant, engageant le cercle vicieux. Sans doute valait-il la peine de dénoncer la circularité de la

---

[63] Le droit 'pédagogue' n'est pourtant pas inconnu des juristes modernes, de la loi pédagogue pour J. Carbonnier, *Flexible droit*, 146ss à la pédagogie du jugement pour G. Canivet, « L'autorité du jugement », in A. Compagnon (éd.), *De l'autorité. Colloque annuel du Collège de France*, Paris, Odile Jacob, 2008, 29ss. par exemple. Le positivisme, en son principe, cherchant à expurger le droit de tout jugement de valeur pour atteindre à la science ignore la dimension symbolique du droit, le réduisant à une technique et à une méthodologie. Au reste, la philosophie politique moderne ne qualifie-t-elle pas de 'paternalisme' toute 'imposition' d'une certaine conception du bien, à l'enseigne d'un J. Rawls affirmant que sa théorie de la justice, elle, est neutre ? On connaît la réponse de P. Ricoeur en dénonçant le paralogisme, selon un argument analogue à celui qu'opposa Aristote aux Sophistes prétendant que le 'discours' (*logos*) n'est ni vrai ni faux : la 'neutralité axiologique' équivaut toujours déjà à un certain jugement de valeur, à une certaine conception du bien.

[64] Dupuy, « Cours Général », 204.

démarche, s'exposant à l'*hybris* puisque sans *fin*, en ses deux acceptions : sans terme et sans finalité propre, manière de droit pour le droit. Quoi qu'il en soit de la véracité du propos et de sa fidélité aux origines des droits de l'homme (et du citoyen), la position sur le même plan de l'Etat et de l'homme au point que ce qui serait reconnu à l'un serait *ipso facto* retiré à l'autre, n'est plus pertinente depuis l'avènement de l'Etat-Providence : l'Etat est le moyen (au service) de la personne humaine pour sa vie en société, soit le citoyen, et non l'individu. Là encore a-t-on trop souvent pris le moyen pour la fin, tous deux s'exprimant certes par des volontés à la distinction de nature évidente mais dont le relief est gommé par une lecture homogénéisante du réel véhiculée par l'approche volontariste favorisant précisément la confusion de la technique (simple moyen) avec la fin (le but au sens élevé de *telos*) du traité. Pour quelles raisons sinon les traités en matière de droits de l'homme emporteraient-ils des obligations intégrales rendant (presque) impossibles leur dénonciation comme l'émission de réserves ? Ces limitations *techniques* ne font pas sens dans un univers strictement volontariste, sauf à affirmer l'auto-limitation, avatar de l'auto-transcendance, soit la marque d'un sacré (voir ci-dessus), de nature peu 'scientifique' pour tout positivisme. La technique confesse ici sa nature d'instrument, moyen appelant son dépassement par la réflexion sur les fins, ne serait-ce que pour comprendre sa propre logique :

> C'est pourtant en raison de leur fondement éthique et du fait que l'individu y est considéré en propre, indépendamment de tout rattachement national à un Etat déterminé, que l'application des normes énonçant les droits de la personne humaine échappe au jeu de la réciprocité [entendue ici synallagmaticité] ou manifeste la spécificité de sa situation à l'égard des règles gouvernant la validité des réserves[65].

De ce jeu fin de l'individu et de la personne, rappelons, en suivant Fabre-Magnan (voir ci-dessus), qu'en le premier réside le vecteur de la protection au bénéfice de laquelle se trouve la seconde au nom des droits de l'homme, ces derniers n'ayant pas l'individu pour fin mais l'humanité telle qu'exercée en chacun, en contraste par exemple avec les normes sur l'atteinte à l'honneur.

Dès lors se comprennent les affirmations d'appartenance des droits de l'homme au *jus cogens*, l'*humanitas* étant par définition indisponible à la volonté des hommes, a fortiori indérogeable par traité. Le caractère intégral de l'obligation traduit dans les formes de la technique contractuelle la transcendance par rapport à l'individu comme à l'Etat impliquée par l'appartenance à la famille humaine. Comment les Etats auraient-ils pu embrasser semblable verticalité, perçue évidemment, à l'exemple du *jus cogens*, comme un « [parfum de] scandale tant il paraissait incompréhensible à certains que l'on prétende limiter la liberté des Etats de faire ce qu'il leur plaît […] »[66]. Face à de si frustes apparences, celles d'un ordre juridique qui ne consacrerait que des droits-prérogatives, des

---

[65] Dupuy, « Cours Général », 208, note 360.
[66] Verhoeven, « Cours Général », 229.

'puissances de' ou droit-*potestas*, on voit combien l'approche par les mythes se révèle précieuse, ici pour la prise de conscience de la nature méta-étatique de tout droit, corrélativement de la 'simple' nature de service de l'Etat. Parce qu'il sert l'humanité, de laquelle il reçoit autorité dont sa puissance (*potestas*) n'est que le moyen, l'Etat ne saurait en disposer à sa guise, retirant telle clause d'un traité, voire se retirant tout bonnement; par où il cesserait de la servir pour devenir sa propre fin, niant le droit, humain par essence.

2.3.7. L'indisponible environnement : les volontés dépassées

L'environnement comme réalité existentielle pour l'homme est définitivement entré dans la pratique à la faveur de l'affaire Gabcikovo : « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir »[67]. Les préoccupations environnementales ont déjà permis un dépassement de la logique contractuelle, via les déclarations à tout le moins, dans une matière pourtant sensible : la responsabilité. Au rebours de la justice commutative signant les engagements conventionnels, l'environnement recouvre une justice distributive propre à des relations asymétriques, qui n'empêchent aucunement la présence d'une société, mieux d'une communauté. On parle désormais de responsabilité commune mais différenciée, distribuant les devoirs face à un destin ressenti commun, à l'image des marins embarqués sur un même (et unique) navire. Ne pressent-on pas quelque indisponible excédant tout choix individuel (étatique) dans la conviction que si solution il y a, elle s'inscrira nécessairement au-delà des intérêts « de chapelle » ?

Ainsi l'environnement, en tant qu'il recèle les conditions d'existence même des hommes sur Terre et de là des Etats, nous dit infiniment plus que ce que la logique exige et que l'on répugne pourtant à considérer : la justice *distributive* s'éprouve nécessairement première, quand bien même voudrait-on réduire le juridique au synallagmatique, puisque pour disposer par contrat, encore faut-il être titulaire de quelque bien à offrir, supposant de l'avoir reçu ensuite d'une *distribution* légitime.

Peut-être l'environnement indique-t-il un au-delà de l'*humanitas*, un méta-étatique assurément. Comme milieu de vie, savoir un lieu *dans* lequel les hommes sont nécessairement plongés, nul ne peut en disposer à sa guise sans prétériter *ipso facto* tous les autres membres du collectif et le collectif lui-même.

En les préoccupations environnementales essentielles, on ne saurait concevoir plus digne représentant du *jus cogens*, s'y jouant les intérêts de la société des Etas dans son ensemble et de l'humanité. Maints auteurs s'appuyeront sur des lettres pour contester l'existence d'une réalité méta-étatique, arguant d'un volontariste 'accepté et reconnu' emprunté comme une prière à l'article 53 CV. Outre que

---

[67] CIJ, *Projet de Gabcikovo-Nagymaros*, Arrêt, C.I.J. Receuil 1997, para. 53.

le texte n'est pas la norme, on confond surtout le moyen et la fin (ou substance), et ici la fin des fins : que demeure l'homme, que continue l'aventure humaine.

Si le 'reconnaître' s'entend aussi bien dans le langage de l'objectiviste que dans celui du jusnaturaliste, le 'accepté' ne dit d'aucune nécessité que la substance même de l'engagement est abandonnée à la volonté toute-puissante des parties. L'*entrée dans* l'engagement peut être synallagmatique donc symétrique et l'*engagement* lui-même asymétrique, comme pour les clauses de juridiction obligatoire de la Cour et toutes les 'obligations assumées' par exemple. En termes techniques, la synallagmaticité formelle n'entraîne pas *ipso jure* ni *facto* la synallagmaticité matérielle, sauf à confondre synallagmaticité et réciprocité et supprimer l'asymétrie que cette dernière autorise, comme dans tous les rapports d'éducation par exemple, structurés par une justice distributive. Decaux énonce les caractéristiques de la réciprocité – justice distributive (*suum cuique tribuere*), reconnaissance et par là *auctoritas* –, faisant pourtant de l'horizontale synallagmaticité un synonyme de celle-ci :

> elle [la réciprocité] implique d'abord la reconnaissance de l'altérité mais aussi la recherche de l'équilibre avec l'autre. Il ne s'agit pas seulement d'une balance des intérêts ou des forces ; la réciprocité présente elle-même un élément de justice qui correspond à la définition classique du droit – *suum cuisque tribuere*[68].

La justice distributive mentionnée ne se peut comprendre qu'à partir d'un « tout », d'une certaine transcendance, laquelle se conçoit aisément quand la matière du traité relève de l'environnement comme condition de la survie de l'homme[69]. Si l'engagement demeure formellement dans l'ordre du droit-*potestas*, par la volonté manifestée, il procède substantiellement du droit-*auctoritas*, au moins sous la forme de la reconnaissance par l'Etat *ut singuli* qu'il n'est pas à même en son solipsisme d'assumer la charge de protéger l'environnement. D'où, en cette matière, plus lucidement qu'en toute autre peut-être, s'imposent les analyses du droit international en *State-based* and *Community-finalized*[70] et en *jus cogens*, l'idée de 'norme à autorité renforcée' (P. Weil) ne faisant en effet sens que si cette autorité exhaussée participe de l'*auctoritas* : quel accroissement de force-*potestas* pourrait-on en effet attendre au bénéfice d'une norme affirmée de *jus cogens* ?

Somme toute, une transcendance qui s'impose sans être subie signe l'indisponible, et l'indisponible par excellence que constitue l'environnement.

---

[68] E. Decaux, *La réciprocité en droit international*, Paris, LGDJ, 1980, 344.

[69] Raison pour laquelle ces lectures et prolongement de l'obligation assumée ont été conduits à la faveur de l'analyse du principe de précaution aux conditions d'application restrictives, in Papaux, *Introduction*, 228ss.

[70] Le premier couple de termes désignant le moyen et le second la fin. Pour des développements étendus de cette notion, voir Wyler & Papaux, « The Search for Universal Justice », 273ss.

3. Conclusion : Révélation mythique de la communauté internationale vivante

L'idée de transcendance est consubstantielle à celle d'ordre juridique, mais cachée, le mythe la découvrant. On savait que le traité d'un point de vue technique n'est jamais de soi *constitutif*, suspendu à un *pacta sunt servanda* toujours déjà là, englobé par quelque système de droit.

Pareillement d'un point de vue doctrinal, le volontarisme apparaît comme une reconstruction, son expression éminente, le consentement, recevant sa pertinence *juridique* que si un ordre préexistant la lui octroie. Là encore se montre la préexistence, *volens nolens*, de l'institutionnel, si implicite qu'on en oublie l'existence comme dans l''erreur performative' consistant à prêter des vertus opératoires à des formules langagières (je vous promets, je vous baptise, je vous marie, etc.) précisément en les *déclarant* – ce qui n'*explique* donc rien – 'performatives' alors que leurs effets, véritables, participent de tout un contexte institutionnel et sémiotique *au sein duquel* elles s'inscrivent.

D'un point de vue épistémologique, apparaît en pleine lumière la vanité de la recherche d'un point-origine, que le positivisme tente de surmonter par une fuite dans les sources formelles, confondant dans ce mouvement la technique – le *moyen* – avec la substance – le juste, la *fin* – comme l'a montré avec grande acuité P.-M. Dupuy à propos de l'obligation assumée : les Etats y consentent du point de vue des moyens, ils y succombent du point de vue de la fin ; le 'accepté et reconnu' de l'article 53 CV.

Résonne encore l'erreur philosophique de croire possible de la verticalité à partir d'une stricte horizontalité. Pour la surmonter, sied-il de comprendre que le droit n'est pas *dans* le *sujet* (droit-*potestas*) mais dans la *relation*, dans l'épaisseur : autrui ne me limite pas[71] puisqu'il me permet de devenir moi-même, d'élaborer une identité ; où l'on voit engagées les considérations métaphysiques à propos de la reconnaissance, si centrale en droit international. La communauté internationale comme la transcendance dit positivement cette finitude non triste, aucunement défaite de la pensée, même si cette communauté n'est pas clairement identifiée, comme au demeurant toute réalité méta-juridique par rapport au droit qui l'exerce.

[71] Ce qui est pourtant présupposé dans la formule courante de la liberté des Modernes « Ma liberté s'arrête où commence celle d'autrui ». N'était autrui, ma liberté ne connaîtrait aucune limite : elle est illimitée *de principe* mais pas *en fait*.

CHAPTER NINE

THE EUROPEAN TRADITION OF THE SOURCES OF INTERNATIONAL LAW

Jean d'Aspremont*

The pull to international legal theory is stronger in the American culture of international law than in the European—both continental and British—tradition. Pierre-Marie Dupuy is one of those European scholars whose work and career contradict such an epistemic finding, for he combines excellence in the mastery of the main topics of international law—subjects, sources, responsibility in particular—and one of the most reflexive and theoretical scholarship that the Europeans of his generation have produced on international law. In that sense, Pierre Marie Dupuy has proved to be not only a generalist but also a theorist, a profile that has become scarce in the contemporary epistemic community of international law. Against the backdrop of a chronic anti-theoretical posture of many strands of the international legal scholarship, he has convinced his peers as well as the following generation of European international legal scholars—including the author of these lines—that advanced training in traditional questions of international law is not exclusive of critical theoretical reflections on the concept of international law itself. He has simultaneously contributed to show to the world community of international legal scholars that European international legal scholars are not only positivists[1]

* Associate Professor of International Law, Amsterdam Center for International Law (ACIL), University of Amsterdam.

[1] Legal positivism has been the object of systematic condemnation in American jurisprudence. See e.g. J. Boyle, "Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-house of Language", *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, 327. About the debate about positivism, see the remarks N. Onuf, "Global Law-Making and Legal Thought", in N. Onuf (ed.), *Law-Making in the Global Community*, vol. 1, Durham, Carolina Academic Press, 1982, 5. On the negative implication of the use of the term positivism in the literature, see G. Gaja, "Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti", *European Journal of International Law*, 3, 1992, 123. For some exceptions in American international legal scholarship, see A. Somek, "Kelsen Lives", *European Journal of International Law*, 18, 2007, 409–451.

who study international law as it is but that they can also be theorists that study what international law is.[2]

It is argued here that Pierre-Marie Dupuy's critical depth and insights on the concept of international law has nowhere been more conspicuous than in his numerous and rich studies of the question of the sources of international law. Indeed, Pierre-Marie Dupuy's engagement with the theory of sources has delivered unparalleled critical knowledge and reflection about how to cognize and make sense of international law as a whole. That his studies on the sources of international law are those that bespeak the best of his concept(ion) of international law is not surprising, for Pierre-Marie Dupuy has always elevated the theory of sources of international law into the corner stone of the (cognition of the) international legal system.

From a European perspective, the systemic centrality of the theory of sources found in the work of Pierre-Marie Dupuy is certainly not outlandish. On the contrary, it corresponds to a common trait in the European tradition of international law. The attachment to the instrumentality of the sources in the existence of international law itself can be considered as the common denominator of the—otherwise very heterogeneous—European doctrinal approach to international law. There are few European legal scholars that would let themselves be lured by the temptations to move away from constraining questions of sources which are witnessed in other parts of the world.[3] In the European tradition, sources, rather than processes or subjecthood, constitute the primary tool to cognize international law.

Although the European tradition of international law has always preserved the foundational role of the theory of sources of international law, very few European scholars have insightfully and reflexively made the case for the centrality of the theory of sources, both as the main identifier of the international law as well as the frontier-determiner of the discipline that has made international law its main object of study. For the author of these lines, Pierre-Marie Dupuy has distinguished himself by backing away from the general indifference towards the foundations of the theory of sources, which have been espoused sometimes either by default or by virtue of uncritical dogmatism by many of his peers, and by offering one of the most elaborated and self-reflective understandings of the sources of international law.

This chapter discusses the place and the foundations of the theory of sources in the European tradition of international law, with an emphasis on the work of Pierre-Marie Dupuy. It starts by recalling how the theory of sources grew into the

---

[2] See the famous distinction drawn by Salmond between those seeking to study what the law is and those who pursue the study of what is law. See J.W. Salmond, *First Principles of Jurisprudence*, London, Stevens and Haynes, 1893, 1.

[3] See gen. J. d'Aspremont, "The Politics of Deformalization in International Law", *Goettingen Journal of International Law*, 3, 2011, 503–550.

linchpin of the cognition and identification of international law in the mainstream European tradition of international law (1). In then explains how the European vindication of the theory of sources should not be conflated with a non-critical, dogmatic, and mechanical defense of the mainstream theory of sources, taking the criticisms of Pierre-Marie Dupuy against the theory of customary international law as an example (2). It eventually shows the extent to which Pierre-Marie Dupuy, despite his critical stance towards the mainstream theory of sources, has stood out among his peers by constantly seeking to unearth the theoretical foundations of the sources of international law. In doing so, the chapter will argue that Pierre-Marie Dupuy's engagement with the foundations of the theory of sources constitutes a much needed inspiration to all European international legal scholars to reconcile themselves with the theoretical foundations of their conception of (the sources of) international law, which too often they have deserted and left to their American counterparts (3). This chapter finally formulates a few epistemological remarks on the extent to which the vindication of the theory of sources reflects some underlying choices on what it possibly means to be an international legal scholar in the European tradition of international law (4).

1. The Theory of Sources in the European Tradition of International Law

A preliminary remark ought to be formulated as regards the concept of the European tradition of international law. When one speaks of the European tradition of international law, one means the interpretative community constituted by all those "who share at least a way of organizing experience and stipulations of relevance and irrelevance" when it comes to international law.[4] Needless to say that this interpretative community is extremely diverse and heterogeneous. First, it encapsulates a whole range of different professions—scholars, judges, a few non-governmental organizations (NGOs), etc. Likewise, the European interpretative community of international law is subdivided in a tangle of sub-groups defined and organized along national, thematic, doctrinal lines. Despite the great heterogeneity of the European interpretative community of international law, it is noteworthy that the theory of sources constitutes one of these tools shared across the European international legal scholarship by virtue of which experience and stipulations of relevance and irrelevance are captured and organized. In that sense, it can be said that the theory of sources is one of the agents of the identity of the European interpretative community of international law.

The epistemic embrace of the theory of sources as a common tool to cognize international law and organize experience and stipulations of relevance and

[4] S. Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Duke University Press, 1989, 141.

irrelevance is certainly not new. It dates back to as early as the 19th century, which was a time where the interpretative community of international law was restricted to a small number of scholars. It is fair to say that, subject to a few exceptions,[5] the great majority of 19th century European international legal scholars gradually came to adhere to an unsophisticated and rudimentary idea of sources of law to rein in the speculative character of natural-law approaches. Such a posture did not translate itself into a fully-fledged theory of sources but laid the foundations thereof. In their great majority, their successor in the 20th century European international legal scholars did not shed the attachment to the theory of sources. Subject to a few exceptions,[6] they continued to contend that the pedigree of international legal rules is found in sources and not natural law, and agreed that natural law does not constitute a source of law *per se,* although the content of rules may reflect some principles of morality.[7] Courts that were created during that century were also instructed to abide by a strict theory of sources in identifying the law they were empowered to apply.[8] While continuing

---

[5] See e.g. J. Lorimer, *Principes de Droit International* (translated by E. Nys), Brussels, C. Muquardt, 1884, 19–29.

[6] See e.g. L. Le Fur, "Philosophie du droit international", *Revue Générale de Droit International Public*, XXVIII, 1921, 565–603 or L. Le Fur, "La théorie du droit naturel depuis le XVII[ème] siècle et la doctrine moderne", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 18, 1927–III, 259–442. For an understanding of natural law as a formal source of law, see. G. Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", in *Symbolae Verzijl*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1958, 161–168.

[7] C. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Vol. 1, Paris, Pedone, 1944, 32–33; J. Basdevant, "Règles générales du droit de la paix", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 58, 1936–IV, 477–478. See also A. D'Amato, "What 'Counts' as Law?", in Onuf (ed.), *Law-Making in the Global Community*, 90. This came to be reflected in the case-law as well. See the statement of the International Court of Justice (ICJ) in Southwest Africa Case: "a court of law can take account of moral principles only in so far as these are given sufficient expression in legal form". *Second Phase*, 18 July 1966, I.C.J. Report 1966, para. 49. This idea was not fundamentally challenged in the early 21st century. See P.-M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 297, 2002, 31–32 and 200–202. See J. Verhoeven, "Considérations sur ce qui est commun", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 334, 2008, 110. A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 51. A. Orakhelashvili, "Natural Law and Justice", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, available at: http://www.mpepil.com, para. 33. See, however, the natural law overtones found in some constitutionalist approaches.

[8] A. Pellet, "Article 38", in A. Zimmermann *et al.* (eds.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

to defend that the will of the State is the most obvious *material source* of law,[9] 20th century European international legal scholars distinguished themselves from their predecessors by trying to formalize law-ascertaining criteria with which to capture State consent.[10] This is precisely how 20th century scholars ended up grounding the identification of international legal rules in a theory of allegedly formal sources.[11] In their view, international legal rules stem from the will of States expressed through one of the formal sources of international law. The systemic character of the theory of the sources which they elaborated proved instrumental in their vision of international law as constituting a system.[12] This construction was not thwarted by 21st century European scholars.[13]

It would be exaggerated to say that the embrace of the theory of sources was a purely European phenomenon. International legal scholars in other parts of the world came to espouse the theory of sources as the linchpin of international law-identification. However, outside of Europe, and especially in the United

---

[9] On the distinction between material and formal sources, see gen. L. Oppenheim, *International Law*, Vol. 1, 8th ed., London, Longmans 1955, 24. See the remarks of P.E. Corbett, "The Consent of States and the Sources of the Law of Nations", *British Yearbook of International Law*, 5, 1925, 20–30; Rousseau, *Principes généraux*, 106–108; G. Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", in *Symbolae Verzijl*, 153. G. Abi-Saab, "Les sources du droit international. Essai de déconstruction", in *Le Droit international dans un monde en mutation: liber amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jimenez de Arechaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, 30; See also the controversial account of this distinction made by G. Scelle, "Essai sur les sources formelles du droit international", in *Recueil sur les sources en l'honneur de Francois Gény*, vol. 3, Paris, Sirey, 1935, 400–430. P. Dailler & A. Pellet, *Droit international Public*, 6th ed., Paris, LGDJ, 1999, 111–112. One of the first most complete expressions of this formal consensual understanding of international law, has been offered by D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Rome, Athenaeum, 1923, 27. For a more recent manifestation of the voluntary nature of international law, see P. Weil, "Vers une normativité relative en droit international", *Revue Générale de Droit International Public*, 87, 1982, 5. For a judicial expression of that idea, see Permanent Court of International Justice (PCIJ), *The Lotus* (1927), Serie A, No.10, para. 18.

[10] See the refinement of the theory of consent by Elias and Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, The Hague, Kluwer, 1998.

[11] See gen. A. Pellet,"Cours Général: le Droit International entre souveraineté et communauté internationale", *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, 2, 2007, 12–74, esp. 15, 19 and 31. See also G. Buzzini, "La Théorie des sources face au droit international général", *Revue Générale de Droit International Public*, 106, 2002, 584–590.

[12] Likewise, it cannot be excluded that the practice of law-applying authorities will itself yield contradictions. That does not bar that practice from providing a meaning to law-ascertainment criteria. See a.o. A.-C. Martineau, "The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law", *Leiden Journal of International Law*, 22 2009, 7–8

[13] See e.g. A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 51–60.

States, the centrality of the theory of sources came under serious attack.[14] Such a contestation did not originate in legal realism. Legal realism, although taking aim at the formalism in adjudicative reasoning, never advocated an abandonment of the theory of sources. Rather, the most forceful rejection of the theory of sources came to be spearheaded by the *New Haven School* which, drawing on the earlier critique by legal realists, advocated a process-based identification of international law leading to an abandonment of the distinction between law and non-law.[15] It also gained ground in liberal American scholarship, which was embodied at that time by the dominant Colombia Law School.[16] Such a critique was taken seriously enough to generate the need to engage in some tentative reconciliation between the sources and process-based approaches.[17] Although it is true that American scholars of international law have not been averse to process-based approaches such as that of the New Haven School—and the less formal approach of the liberal Columbia School of International Law,[18] especially in the aftermath of the second World War[19]—not all American scholars backed away from the theory of sources.[20] Yet, for the sake of this chapter, what matters most is that the ripples

---

[14] I have examined some of these critiques in further detail elsewhere. See J. d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2011, Ch. 4.2. See also d'Aspremont, "The Politics of Deformalization", 503–550.

[15] See d'Aspremont, *Formalism*, Ch. 4.2.3.

[16] See e.g. O. Schachter, "Towards a Theory of International Obligation", *Virginia Journal of International Law*, 8, 1967–1968, 300; O. Schachter, "International Law in Theory and Practice", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 178, 1982–V, 60–74. For some comments on the deformalization advocated by the Colombia School of International Law, see D. Kennedy, "When Renewal Repeats: Thinking Against the Box", *New York University Journal of International Law and Politics*, 32, 1999–2000, 380.

[17] This attempt to reconcile the New Haven Law School with the classical source thesis proved very one-sided in favour of formalism. For instance, G. Abi-Saab, who was not entirely insensitive to process-based approaches, defended formal law-identification. V.G. Abi-Saab, "Cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 207, 1987–VIII, 39: "(L)e 'droit en 'mouvement' est un processus en tant que tel. Car c'est un processus 'encadré', 'structuré', 'cadencé' et 'téléologique'. Ce sont ces qualificatifs qui font sa juridicité. Sans eux, peut-être y a-t-il processus; mais pas de droit". Such a synthesis was already advocated by C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1955 and by G.J.H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, Kluwer Publishing, 1983, 44. See also B. Cheng, "On the Nature and Sources of International Law", in B. Cheng (eds.), *International Law: Teaching and Practice*, London, Stevens, 1982, 204–209.

[18] D. Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", *Leiden Journal of International Law*, 12, 1999, 19.

[19] D. Kennedy, "A New Stream of International Legal Scholarship", *Wisconsin International Law Journal*, 7, 1988–1989, 4.

[20] Kennedy, "Disciplines of International Law", 27–28; see also Kennedy, "A New Stream", 3. The New Haven Law School process-based conception has probably prodded some American scholars to completely skirt the question of law-definition by engaging in theories of authority of law. See e.g. T. Frank, "Fairness in the international legal and

caused by these contestations of the theory of sources never seriously crossed the Atlantic. It can accordingly be contended that the idea that international legal rules are identified by virtue of their source and the correlative embrace of a theory of sources have thus always been solidly entrenched in the European tradition of international law and remained unchallenged.

This is not surprising. In the view of the present author, as the theory of sources, despite all its flaws and inconsistencies—and especially the illusion of formal law-ascertainment which it conveys[21]—allows greater systematicity of the identification of the object of scholarly study by international lawyers. Such a feeling of systematicity of object-ascertainment—shared across the European profession—has undoubtedly been conducive to the shared European tendency to endow the scholarship dedicated to international law with a scientific character. In other words, it seems that this attachment to the sources has been very instrumental in the European idea of a science of international law—an idea often ridiculed in those traditions that have not bestowed as much centrality to the theory of sources of international law.[22]

The abovementioned contention about the European attachment to the theory of sources does certainly not mean that the theory of sources has been the object of uniform conceptualization within the European interpretative community of international law. The shared embrace for the theory of sources did not translate itself in a homogenous approach to the sources of international law. Indeed, there has always existed a myriad of European takes to the sources of international law. The consensus about the sources of international law within the European interpretative community of international law did not go as far as to generate an agreement on how sources themselves ought to be understood. In that sense, Pierre-Marie Dupuy's approach to the sources of international law, while reflecting the shared European championship of the sources as a corner stone of international law, constitutes only one of the wide variety of approaches to the sources of international law. However, as this contribution will show, Pierre-Marie Dupuy came to buttress the central role of sources in the European tradition of international law, by seeking to ground the theory of the sources in firm external theoretical foundations, while simultaneously preserving an

---

institutional system: general course on public international law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 240, 1993–III, 23.

21 See the critique of the idea that theory of sources is a theory of formal sources in d'Aspremont, *Formalism*, ch. 7.

22 On the idea that the legal scholarship constitutes a science and the European tendency to elevate scholarship into a scientific activity, see See F. Ost & M. van de Kerchove, "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit?", in F. Chazel & J. Commaille (eds.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, 68ff.; S. Santos, *Towards A New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995. See also M. Hesselink, "A European Legal Science?", *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, No. 2008/02.

internal critical outlook. The following paragraphs aim at briefly describing both the extent to which Pierre-Marie Dupuy helped ensure the sustainability of the theory of sources by his attempts to preserve an European internal critical approach to the sources, while providing better external foundations thereto.

2. Internal Deconstruction of Sources: A Move Away from Source-Dogmatism

Drawing on Pierre-Marie Dupuy's engagement with the theory of the sources of international law, this section seeks to show that the elevation of the sources into a linchpin of the European tradition of International Law has never amounted to uncritical deification of the sources. In other words, Pierre-Marie Dupuy's scholarship shows that espousal of the theory of sources has not meant a mechanical, uncritical, dogmatic and apologetic vindication of the mainstream understanding thereof. Only three examples are mentioned here. They pertain to his rejection of voluntarism, his unearthing of the inconsistencies of the theory of customary international law and those of the theory of the persistent objector.

Too often, voluntarism has been associated with international legal positivism with a view to creating a convenient soil for artificial argumentative adversity.[23] Pierre-Marie Dupuy has been among those that have continuously advocated that a theory of sources cannot be conflated with voluntarism. State's intent is not a formal source and can, at best, only constitute a material source of law.[24] Pierre-Marie Dupuy's rejection of radical voluntarism is further exemplified by his embrace of an inclusive form of legal positivism.[25] Indeed, although recognizing that natural law does not constitute a source of law *per se*, he has always defended that the content of rules may reflect some principles of morality.[26]

---

[23] On the use of voluntarism as a strawman, see gen., J. d'Aspremont & J. Kammerhofer (eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 (forthcoming).

[24] See Dupuy, "Cours Général", 187–199.

[25] As is well-known, in the postscript joined to the second edition of the *Concept of Law*, Hart almost exclusively addressed Dworkin's objections. It is on this occasion that he yielded to some of the objections raised by modern natural lawyers and elaborated on his inclusive legal positivism: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1997, 238–276. J. Raz and S. Shappiro opposed Hart's inclusive legal positivism. See e.g. S. Shapiro, "On Hart's Way Out" in J. Coleman (ed.) *Hart's Postcript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 191. W.J. Waluchow and J. Coleman sided with Hart by pursuing his inclusive legal positivist approach. See W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 80–164; J. Coleman "Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis" in Coleman, *Hart's Postscript*, 99. See McCormick's attempt to reconcile exclusive and inclusive legal positivism in McCormick, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 263–279.

[26] See Dupuy, "Cours Général", 31–32 and 200–202.

In the view of the present author, Pierre-Marie Dupuy's most critical views have been expressed in relation to the mainstream conceptualization of customary international law. Pierre-Marie Dupuy contended that the process-based elements of custom fail to provide a reliable yardstick to distinguish between law and non-law.[27] In his views, scholarly attempts to formalize the identification of customary international law have faltered[28] and custom-ascertainment accordingly condemns such rules to being dangerously indeterminate. He rather concurred with those scholars[29] that construe the theory of customary international law more as a programme for the *evidence* of customary international law,[30] the two constitutive elements of customs being equated to two evidentiary indicators which the law-applying authorities are called upon to verify *in concreto*.[31]

Interestingly, despite Pierre-Marie Dupuy's disenchantment with the traditional theory of custom, he never was lured by the pipedreams of the new custom theory. According to the new custom theory, customary international law is said to originate in a conscious process taking place within the framework of universal intergovernmental bodies,[32] ignited by the deliberate will to create a new rule. It can also manifest itself by the absence of objection.[33] Such a

---

[27] P.-M. Dupuy, "Théorie des sources et coutume en droit international contemporain", in *Le Droit international dans un monde en mutation*, 61.

[28] In the same vein, see Dupuy, "Cours Général", 166–167; Dupuy, "Théorie des sources", 61–63; See R. Jennings, "The Identification of International Law", in Cheng, *International Law*, 9; R. Ago, "Science juridique et droit international", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 90, 1956–II, 939; H. Charlesworth, "Customary International Law and the Nicaragua Case", *Australian Yearbook of International Law*, 11(1), 1984–1987, 27; G. Buzzini, "La Théorie des sources face au droit international général", *Revue Générale de Droit International Public*, 106, 2002, 581.

[29] This also is the opinion of J.-A. Barberis, "La Coutume est-elle une source de droit international?", in *Mélanges en hommage à Michel Virally: Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1991, 44 et 50–51; see also I. Brownlie, *Principles of Public International Law* 6th edn., Oxford, Oxford University Press, 2003, 8 (for whom, after all, it only is a question of proof). See also B. Stern, "La Coutume au Coeur du droit international, quelques réflexions", in D. Bardonnet (ed.), *Mélanges Reuter: le droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, 483; see also Pellet, "Cours Général", 63 ff.

[30] Dupuy, "Théorie des sources", 54.

[31] For some critical remarks on this understanding of customary international law, see d'Aspremont, *Formalism*, Ch. 7.

[32] See gen. S. Schwebel, "The Effects of Resolutions of the UN General Assembly on Customary International Law", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 73, 1979, 301; M. Bos, "The Recognized Manifestations of International Law, A New Theory of the sources", *German Yearbook of International Law*, 20, 1977, 9. K. Skubiszewski, "Resolutions of the UN General Assembly and Evidence of Custom", in *Essays in honor of Roberto Ago*, Vol. 1, Milan, Giuffré, 1987, 503–513.

[33] See e.g. the conception of customary international law defended by the Special Tribunal for Lebanon, Appeals Chamber, *Decision on Appeals of Pre-Trial Judge's Order Regarding Jurisdiction and Standing*, CH/AC/2010/02, 10 Nov. 2010, para. 47. Such a conception of

"new" custom-making process is more deductive than the classical inductive blueprint of customary international law,[34] for the classical subjective element allegedly takes precedence over actual practice.[35] The artifact of the "new" custom is more normative in the sense that it is directed towards the promotion of moral considerations.[36] Pierre-Marie Dupuy remained very critical of such constructions.[37]

Eventually, it is worth noting that Pierre-Marie Dupuy's non-dogmatic and critical approaches to the mainstream theory of customary international law was complemented by a severe criticism of the theory of persistent objector. Indeed, he famously expressed great reservations as to the validity of such construction for he saw it as being very precarious and resting on doubtful precedents while simultaneously manifesting a tawdry vindication of voluntarism.[38]

It is not necessary to expound any further on Pierre-Marie Dupuy's reflections on the sources of international law. Albeit cursory, this overview suffices to illustrate the critical engagement of Pierre-Marie Dupuy with the theory of sources of international law, thereby demonstrating that the European embrace of the theory of sources cannot be derided for being dogmatic. As will now be demonstrated by the next section, the peculiarity of the rejection of dogmatism towards the theory of sources found in the European international legal scholarship—as exemplified by the work of Pierre-Marie Dupuy, shows that the European attachment with the sources of international law does not come with any relativism or agnosticism with respect to the foundations thereof. This means that the critical

---

opinio juris clearly runs against the traditional view expressed by the Permanent Court of International Justice in *The Lotus* Case, PCIJ, Serie A, No. 10, 1927, at 28.

[34] For the classical inductive process, see ICJ, *Delimitation of the Maritime Boundary of the Gulf of Maine (Canada v.United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 1984, at 246.

[35] B. Cheng also construes usage as only evidential. See B. Cheng, "On the Nature and Sources of International Law", in Cheng, *International Law*, 224. B. Cheng is said to be the author who coined the expression "instant custom" which can be seen as one manifestation of this new custom. See B. Cheng, "United Nations Resolution on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, 5, 1965, 23. See also Judge Tanaka's dissenting opinion in the *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, (Second Phase), ICJ Reports, 1966, 6 and 291.

[36] For a few examples of such conceptualizations of customary international law, see L. Henkin, "Human Rights and State 'sovereignty' ", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25, 1995–1996, 34–35; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary International Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1989, 2; R. B. Lillich, "The Growing Importance of Customary International Human Rights Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25, 1995–1996, 8.

[37] Dupuy, "Théorie des sources", 68.

[38] 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 offerts à Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, 257–272; Dupuy, "Cours Général", 174–179. The theory of persistent objector, in his view, is at best attempt to formalize customary process. See Dupuy, "Théorie des sources", 61.

engagement with the theory of sources can be accompanied by a search for the ontology of the sources of international law.

3. External Reconstruction of Sources: A Quest for Extra-Systemic Source-Ontology

As was indicated above, while overwhelmingly adhering to the theory of sources, the European international legal scholarship has often remained very aloof from the theoretical debates about the foundations of such a source-based approach.[39] Such an "anti-theoretical"[40] posture is particularly surprising with respect to the European international legal scholarship given its attachment to the centrality of the theory of sources of international law. It is as if European scholars are abiding—albeit critically—by a conceptual framework resting on clay feet. This dominant "anti-theoretical" posture of international legal scholarship as a whole—and not only that of the European legal scholarship—can probably be explained by the growing self-assurance gained by international legal scholars who, after their branch of law was recognized as equal to other legal disciplines, no longer deem it necessary to ponder and unravel the origin of their understanding

---

[39] Such a finding has been made for the international legal sources as a whole and not necessarily in connection to the European international legal scholarship specifically. See e.g. E. Jouannet, "Regards sur un siècle de doctrine française du droit international", *Annuaire Français de Droit International*, 46, 2000, 1–57. See generally, D. Kennedy, "International Law and Nineteenth Century: History of an Illusion", *Nordic Journal International Law*, 65, 1996, 387; Kennedy, "A New Stream", 6; N. Purvis, "Critical Legal Studies in Public International Law", *Harvard Journal of International Law*, 32, 1991, 84; M. Reisman, "Lassa Oppenheim's Nine Lives", *Yale Journal of International Law*, 19, 1994, 271; B. Kingsbury, "The International Legal Order", *NYU Law School, Public Law Research Paper* No. 01–04; IILJ Working Paper No. 2003/1. See. Onuf, "Global Law-Making", 13; see also A. D'Amato, "The Need for a Theory of International Law", *Northwestern University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2007; D'Amato, "What 'Counts' as Law?", 83–107. D'Amato provided his own theory of the autonomy of the international legal system. See A. D'Amato, "International Law as an Autopoietic System", in R. Wolfrum & V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making,* Berlin/New York, Springer, 2005, 335–399; see also T. Skouteris, *The Notion of Progress in International Law Discourse*, Leiden, LEI Universiteit, 2008, ch. 3, later published as *The Notion of Progress in International Law Discourse*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2010. M. Koskenniemi, "Repetition as Reform", *European Journal of International Law,* 9, 1998, 405; J. Klabbers, "Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller's Procedural Natural Law", *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, 5, 2008, 94.

[40] The expression is from M. Koskenniemi, "Repetition as Reform", 406. D. Kennedy, talking about the legal scholarship in general, refers to the 'legal culture's uneasiness about intellection'. See D. Kennedy, "A Rotation in Contemporary Legal Scholarship", *German Law Journal*, 12, 2011, 338.

of international law as a whole.[41] They prefer instead to focus on the study of the "techniques"[42] of law-making and the search for some "adjustments"[43] to the drawbacks of classical sources doctrines, especially their relationship with consent.[44] Others—especially in the English tradition of international law which has generally remained more pragmatic[45]—prefer to focus exclusively on practice. Their pragmatism proceed from the idea that theory "provides no real benefits" and has the tendency to "obscure the more interesting questions".[46]

It is probably not the place to investigate the reasons behind the reluctance of international legal scholars in general and European international legal scholars in particular.[47] It is more relevant to note that the overall absence of comprehensive attention to the theoretical foundations of the sources has never meant that commentators did not deem it useful to expound on the *reasons* behind their vindication of a source theory—and especially formal modes of law-ascertainment.[48] Pierre-Marie Dupuy is certainly one of those that took pains to expound on such motives as he defended formal law-ascertainment as a "réducteur d'incertitude".[49]

---

41 T.O. Elias, "Problems Concerning the Validity of Treaties", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 133, 1971–III, 341. See K. Zemanek, "The Legal Foundations of the International System", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 266, 1997, 131.

42 H. Thierry, "Cours général de droit international public", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 222, 1990–III, 27 and 31.

43 J. Verhoeven talks about "accomodements". See Verhoeven, "Considérations", 137.

44 C. Tomuschat, "Obligations Arising for States without or against Their Will", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 241, 1993, 216, and C. Tomuschat, "General Course on Public International Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 281, 1999, 24, Zemanek, "The Legal Foundations", 144.

45 See e.g. R.Y. Jennings, "General course of public international law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 121, 1967–II, 329—who said "we need some list of sources if we are to make a beginning".

46 I. Brownlie, "International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 255, 1995, 30.

47 For some additional reflections on the reasons behind the anti-theoretical stance of mainstream legal scholarship, see Klabbers, "Constitutionalism", 95. See also Kennedy, "A Rotation", 338.

48 On the politics of formalisms, see d'Aspremont, *Formalism*, Ch. 2.2. On the politics of deformalization, see d'Aspremont, "The Politics of Deformalization", 503–550.

49 Dupuy, "Cours Général", 26. He posited thatlaw is "d'abord une technique de régulation sociale, volontairement formalisée pour des raisons d'efficacité, de fiabilité, de sécurité, que l'on appelle la 'sécurité juridique'". Formalism, seen as a tenet of positivism, constitutes a "réducteur d'incertitude": *Ibid*., 30. See also C. Tomuschat who promoted formal theory of sources on the basis of the authority of law and the promotion of the rule of law, C. Tomuschat, "International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 281, 1999, 26–29. Gennady Dalinenko

But the theoretical insights found in Pierre-Marie Dupuy's work on the sources of international law have not been limited to the politics of sources. He has been one of the few to explore the foundations of the theory of sources. In this respect, Pierre-Marie Dupuy distinguished himself for not following a Kelsenian model of intra-systemic validity. Instead, Pierre-Marie Dupuy espoused a Hartian perspective on international law rooted in extra-systemic validity. Indeed, rejecting Hart's disdain for international law, he endorsed Hart's social positivism according to which the meaning of the rule of recognition, i.e. the meaning of the pedigree-determining criterion defined by the theory of sources, is derived from the social practice of law-applying authorities. He argued that law is a language which "repose sur des conventions, c'est-à-dire sur des significations acceptées par tous ceux qui doivent l'employer".[50] This position concurs with Hart in that law is identified by its pedigree which is itself defined in a theory of sources. As Hart, he nonetheless saw that the theory of sources is not self-sufficient, for it does not provide any indication as to the meaning of the formal law-ascertainment criteria it enshrines. It is thus, in that sense, the practice of law-applying authorities that is the necessary constitutive element of the criteria of law-identification enshrined in the theory of sources.

Certainly, such an embrace of a Hartian conception of the sources of international law is not unprecedented in the international legal scholarship.[51] Yet, Pierre-Marie Dupuy is one of those who pushed the theoretical inquiry into the applicability of Hart's the furthest. Most transpositions of Hart to international law always restricted themselves to the so-called "source thesis", the idea that rules are ascertained by their pedigree, itself defined by virtue of formal criteria

---

pointed to the need to rein in manipulations of rules by States, G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 16. See also J.C. Hathaway, *Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2005, 18–24; O. Corten, *Le discours du droit international: pour un positivisme critique*, Paris, CERDIN, 2009, 66.

50 Dupuy, "Cours Général", 200–201.

51 Fragmentary—and sometimes diverging—transpositions of Hart's *Concept of law* in international law have already been undertaken, especially with respect to customary international law. See the work Van Hoof, *Rethinking the Sources*; Danilenko, *Law-Making,* 16ff.; G.M. Danilenko, "The Theory of International Customary International Law", *German Yearbook of International Law*, 31, 1998, 9–47. H. Meijers, "How is International Law Made?—The Stage of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules", *Netherlands Yearbook of International Law*, 9, 1979, 3; R.M. Walden, "Customary International Law: A Jurisprudential Analysis", *Israel Law Review,* 13, 1978, 86–102. Although her theory has some natural law overtones, see also S. Besson, "Theorizing the Sources of International Law", in S. Besson & J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 180–185. For some critical remarks, see J. d'Aspremont, "Herbert Hart and Post-Modern International Legal Scholarship", in d'Aspremont & Kammerhofer (eds.), *International Legal Positivism.*

enshrined in a theory of sources. Few, have, like Pierre-Marie Dupuy, imported the Hartian insights on the social extra-systemic validity of the rule of recognition. In doing so, Pierre Marie Dupuy undoubtedly contributed to revival of the debate on the theoretical foundations of the sources of international law and, even more fundamentally, on the foundations of international law itself.

This is not to say that the work of Pierre-Marie Dupuy has clinched or exhausted the debate on the sources. On the contrary, it seems that the controversy on the place and the foundations of the foundations of the theory of sources—is meant to continue to grow unabated, including as a result of the growing European attention to the foundations of the sources of international law. Moreover, Hartian extra-systemic foundations of the theory of sources have themselves been the object of various criticisms and still continue to fuel controversy. Here is certainly not the place to discuss such controversy.[52] It suffices to say that Pierre-Marie Dupuy's engagement with the foundations of the theory of sources constitutes a much needed inspiration to all European international legal scholars to reconcile themselves with the theoretical foundations of their conception of (the sources of) international law. It is argued here that it is only by stripping itself of its anti-theoretical complex, and by venturing more confidently into the foundations of those institutions that it places at the heart of its scholarly inquiries, that the European international legal scholarship will preserve its voice in the world argumentative arena about international law. In that sense, Pierre-Marie Dupuy's critical engagement with the foundations of (the sources of) international law makes him a much needed therapist of the European apprehension of the theoretical debates over which the American tradition of international law has enjoyed some sort of monopoly in the last decades.

4. Epistemological Significance of a Source-Based Approach: Cognitive Legal Positivism

Methodological and conceptual choices in international law are not neutral—this is a truism. Each of them constitutes a normative preference for a way to disambiguate international law.[53] Even empiricism—classically perceived as being the most neutral and objective methodological move—is intrinsically normative.[54]

---

[52] For a discussion of some of the objections against Hartian extrasystematicity, see d'Aspremont, *Formalism*, Ch. 4. See also d'Aspremont, "Herbert Hart".

[53] L. Murphy, "Better to see Law this Way", *New York University Law Review*, 83, 2008, 1104; L. Murphy, "The Political Question of the Comcept of Law", in J. Coleman (ed.) *Hart's Postcript: Essays on the Postscript to 'The Concept of Law'*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 371. See also L. Murphy, "Concepts of Law", *Australian Journal of Legal Philosophy*, 30(1), 2005.

[54] M. Greenberg, "How Facts Make Law", *UCLA School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper* No. 05–22, 2004, at 173.

The choice for Hartian reductionist positivism made by Pierre-Marie Dupuy in his attempt to endow the theory of sources with better theoretical foundations thus manifests a normative position which he probably entirely assumes. However, only Pierre-Marie Dupuy himself could decipher and disclose the motives behind this normative choice. Although it would be of no avail to speculate about the agents of that normative choice, it can reasonably be surmised that Pierre-Marie Dupuy's endorsement of Hartian foundations of the theory of sources is informed by his understanding of the ultimate role of the international legal scholar. In other words, the type of positivism espoused by Pierre-Marie Dupuy must, in one way or another, betray the direct reflection of how he construes (the object of) the profession of the international legal scholar. Indeed, as he elegantly expressed, the international legal scholar is primarily the grammarian of the language of international law: "un internationaliste ne devrait jamais prétendre à autre chose que d'être un bon grammarien du language normatif du droit international".[55] This is certainly one of the epistemic prejudices that permeates most deeply the work of Pierre-Marie Dupuy.[56] Such a prejudice boils down to a proclivity for the cognitive responsibilities of those that have made the study of international law their main professional activity. On that basis, it does not seem to be an exaggeration to claim that the positivism at the heart of Pierre-Marie Dupuy's scholarship is cognitive.[57] In the eyes of the present author, the

---

[55] Dupuy, "Cours Général",205. See also Van Hoof, *Rethinking the Sources*, 291 or J. Von Bernstorff & T. Dunlap, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen—Believing in Universal Law*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2010, 266.

[56] It is interesting to note that such an understanding of the role of international legal scholars echoes that of P. Reuter, "Principes de droit international public", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 103, 1961–II, 459: "Le droit n'est pas seulement un produit de la vie sociale, il est également le fruit d'un effort de pensée, s'efforçant d'agencer les données ainsi recueillies dans un ensemble cohérent et aussi logique que possible. C'est l'aspect systématique du droit international, il est à la fois plus important et plus délicat que celui des droits nationaux. Il est plus important parce que les sociétés nationales, du fait qu'elles sont profondément centralisées par l'autorité étatique, engendrent un droit déjà systématisé par ses conditions d'élaboration. Au contraire, la 'décentralisation du pouvoir politique' qui règne dans la société internationale rejette sur le juriste un fardeau plus lourd. Il est plus délicat parce que le désordre de la société internationale n'est pas tant désordre de la pensée que désordre du pouvoir; certes le juriste peut se laisser aller à la systématisation, mais s'agit-il de systématiser seulement ses pensées ou de systématiser aussi la réalité? Certes, de par sa nature même, le droit est avide d'ordre mais à quoi servirait-il, par excès de rigueur dans la pensée, de poursuivre une systématisation en dehors du cadre des solutions admises".

[57] On the notion of cognitive positivism, see O. Fiss, "The Varieties of Positivism", *Yale Law Journal*, 90, 1981, 1008: "Cognitive positivism establishes a priority for a type of study or inquiry, at times more grandly referred to as "scholarship" which is distinguished by two criteria, one going to object, the other to method. Cognitive positivism claims that the proper object of study is the actual behaviour of people and institutions. It places a

vindication of the theory of sources of international law also constitutes a trademark of the European tradition of international law because it is, as is illustrated by the work of Pierre-Marie Dupuy discussed in this brief chapter, informed by a cognitive conception of international legal positivism.

premium on knowledge of what is rather than what out to be [...] A positive study of law describes how the legal system works".

CHAPITRE DIX

LA RÉFÉRENCE AUX SOURCES HÉBRAÏQUES DANS LA DOCTRINE DU DROIT DE LA NATURE ET DES GENS AU XVII^{ÈME} SIÈCLE

Charles Leben*

L'invitation généreuse par le *Straus Institute for the Advanced Study of Law & Justice* et le *Tikvah Center for Law & Jewish Civilization* de l'Université de New York (NYU), nous a permis d'examiner un sujet auquel nous avions pensé de longue date mais que nous n'avions jamais eu le loisir de travailler sérieusement[1]. Ce sujet a une double origine : une qui se rapporte à l'histoire du droit international et une qui relève de l'histoire des idées politiques.

S'agissant de l'histoire du droit international mon attention avait été attirée, il y a plusieurs décennies déjà, par un article de Shabtai Rosenne paru dans la *Netherland Review of International Law* en 1958 et qui s'intitulait : « The Influence of Judaism on the Development of International Law : a Preliminary Assesssment »[2]. Un article qui, à une exception près, est resté sans lendemain et qui a été, semble-t-il, largement oublié. Ce que l'étude de Rosenne révèlait, est que les auteurs du droit des gens au XVII^{ème} siècle, pour penser un droit régissant les Etats, ne se réfèraient pas seulement au droit naturel, au droit romain, au droit positif de différents Etats, mais aussi au droit hébraïque tel qu'il ressort de la lecture de la Bible et de sources juives post bibliques. Rosenne montrait en étudiant Gentili, Grotius, Selden, Pufendorf, combien ces auteurs, qui sont parmi les principaux

* Professeur émérite, Université Panthéon-Assas (Paris II).

1 Est-il besoin de souligner notre reconnaissance envers le Pr JHH Weiler, le directeur de ces deux centres pour une invitation qui permet aux chercheurs de travailler dans des conditions matérielles et spirituelles dont, en général, on ne fait que rêver. Ce texte est une version courte d'un texte plus long qui paraîtra ultérieurement.

2 S. Rosenne, « The Influence of judaism on the Development of International Law. A Preliminary Assessment », *Nederlands Tijdschrift Voor Internationaal Recht*, 1958, 119-149. Rosenne écrivait que « the contribution of Jewish thought to the development of the very concept of international law has been completely neglected by modern scholars, except for some routine and on the whole unconvincing references to some of the more salient and obvious features of the biblical passages », 147.

fondateurs du droit international, avaient pris en considération des sources hébraïques pour élaborer leur doctrine[3].

Cette lecture de Rosenne devait être complétée quelques années plus tard par le cours donné par Prosper Weil à l'Académie de droit international de La Haye sur « Judaïsme et droit international » dans le cadre d'une série de cours sur les religions et le droit international[4]. Dans le deuxième chapitre de son cours P. Weil examinait « La contribution du judaïsme au développement du droit international » et allait rechercher quel avait pu être « [l'apport] de la pensée juive au droit international tel que l'ont forgé les auteurs chrétiens d'il y a quelques siècles – c'est-à-dire, en définitive, celle des sources juives de cette discipline »[5].

La deuxième origine de mon questionnement a été le développement depuis une vingtaine d'années de ce qu'on appelle l'école du *Political Hebraism*[6]. Divers auteurs (israëliens, américains, anglais) ont décidé de prendre au sérieux les références juives (bibliques, talmudiques, rabbiniques) qui parsèment les ouvrages de nombreux auteurs du XVII^{ème} siècle, juristes (Gentili, Grotius, Selden), philosophes (Cunaeus, Harrington, Locke) et poètes (Milton). Depuis le XVIII^{ème} ces références avaient perdu tout intérêt pour les juristes, les historiens et les philosophes qui les considéraient comme de vagues concessions nécessitées par les croyances de l'époque mais, au fond, sans valeur.

Les tenants de cette école du *Political Hebraism* soutiennent que les références hébraïques n'étaient pas purement ornementales, une concession à l'esprit de l'époque, mais correspondaient à une philosophie politique spécifique que certains appellent la doctrine de la *Hebraica veritas* une doctrine qui cherchait dans les textes hébraïques la solution aux problèmes politiques et juridiques de leur époque[7].

La plupart des tenants de cette doctrine étaient protestants (anglais, néerlandais, allemands), ils vivaient en partie ou totalement au XVII^{ème} siècle et se

---

[3] Sur tous ces auteurs 'classiques' voir l'ouvrage ancien mais non dépassé *Les Fondateurs du droit international* (introduction A. Pillet), Paris, Giard & Brière, 1904. Selden ne figure pas en général dans la liste des pères fondateurs. Mais son *Mare clausum* est indicutablement un livre de droit international et son *De jure naturali et gentium* le place au même niveau doctrinal que Pufendorf dont il est une des références les plus importantes. Par 'sources hébraïques' nous visons la Bible, la littérature talmudique, ses commentateurs, Philon d'Alexandrie, Flavius Josèphe, les exégètes bibliques et les codificateurs du droit hébraïque. Nous utiliserons l'expression 'sources juives' comme synonyme.

[4] P. Weil, « Le judaïsme et le développement du droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 151, 1973-III, 253-335.

[5] Weil, « Le judaïsme », 312.

[6] Voir les études rassemblées par G. Schochet, F. Oz-Salzberger, M. Jones, *Political Hebraism. Judaic Sources in Early Modern Political Thought*, Jerusalem/New York, Shalem Press, 2008, et voir la revue *Hebraic Political Studies.*

[7] Voir A.P. Coudert & J.S. Shoulson (éds.), *Hebraica Veritas ? Christian Hebraists and the Study of Judaism in Early Modern Europe*, Philadelphia, University of Pensylvania, 2004. L'expression *hebraica veritas* est reprise de Jérôme qui justifie ainsi sa préférence du texte hébraïque de l'Ancien testament par rapport au texte de la Septante.

donnaient comme objectif de construire une doctrine politique qui aillent au-delà des doctrines catholiques traditionnelles issues de la scolastique médiévale ou de la deuxième scolastique espagnole du XVI[ème] siècle avec Vitoria, Suarez ou Vasquez[8].

C'est donc à cet examen renouvelé des sources hébraïques dans la doctrine du droit des gens aux XVII[ème] siècle, du *De jure belli libri tres* de Gentili (même s'il appartient encore au XVI[ème] siècle puisque l'ouvrage est paru en 1598) au *De jure naturae et gentium* de Pufendorf (1672) auquel on va se livrer. Il confirmera sans conteste leur importance s'agissant de la philosophie politique générale des pères fondateurs du droit international, tout en limitant quelque peu leur rôle en ce qui concerne l'élaboration de la doctrine du droit international au sens strict du terme. Cependant avant de traiter le thème spécifique que nous venons d'énoncer, il faut rappeler, sous peine de ne rien comprendre à ce qui s'est passé au XVII[ème] siècle, certaines caractéristiques du monde intellectuel dans lequel ces auteurs du droit de la nature et des gens ont mené leurs réflexions et construit leur doctrine. C'est à propos de ce monde et de cette époque que les historiens ont parlé d'*hebrew revival*.

1. La renaissance hébraïque des XVI[ème]/XVII[ème] siècles en Europe

L'étude de l'hébreu et des textes juifs n'a jamais disparu dans l'Europe intellectuelle au Moyen-Âge[9] mais ce qui s'est produit au XVI[ème] et XVII[ème] siècles est sans comparaison avec ce qui s'était fait auparavant. On constate en effet à cette époque un développement sans précédent des études hébraïques et l'apparition d'une idéologie politique se réclamant d'un retour à la Bible.

1.1. *Le renouveau des études hébraïques*

Entre le milieu du XVI[ème] siècle et le milieu du XVII[ème] siècle, il s'est passé quelque chose de capital dans l'histoire de la pensée : la sécession à partir d'une religion ancienne d'une religion nouvelle amenant celle-ci à reconsidérer radicalement ses sources et ses autorités par rapport à la religion dont elle est issue[10]. Les auteurs, protestants (pour la plus grande partie), vont renouer, par dessus le Moyen Âge et par dessus la tradition catholique scolastique (sans l'ignorer bien évidemment) avec l'héritage biblique que ce soit avec la Loi ancienne, au sens

---

[8] Pour une étude approfondie des rapports complexes entre les scolastiques et Grotius, voir P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris/Genève, Presses Universitaires de France/IUHEI, 1983, en particulier 462-525.

[9] Voir G. Dahan, *Les intellectuels chrétiens et les juifs au Moyen-Âge*, Paris, Cerf, 1990, 239-270.

[10] Pour une étude générale voir H.J. Berman, *Droit et révolution: L'Impact des Réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Paris, Fayard, 2011.

strict, le Pentateuque, ou avec les livres historiques et prophétiques[11]. Le 'nouvel Israël' des théologiens protestants et des Etats qui se réclament du protestantisme, comme les Pays-Bas, établit un contact avec l'Israël historique[12] qui se traduit, dans la plupart des ouvrages déjà cités, par une abondance des références bibliques, celles du Nouveau testament naturellement, mais aussi, et de façon souvent plus abondante, de l'Ancien testament dans sa quasi totalité, à quoi il faut ajouter pour tous les auteurs, les très nombreuses références à Philon d'Alexandrie et Flavius Josèphe[13].

Qu'il s'agisse là d'un renversement d'une pratique ancienne, on le voit dans le fait que les auteurs trouvent nécessaire de s'expliquer sur leur utilisation fréquente des sources bibliques. C'est ainsi que Gentili écrit :

> Cela [qui] a été écrit dans les Saints livres de Dieu [...] obtiendra à juste titre la plus haute autorité, après qu'il est apparu que cela avait été écrit non seulement pour les Hébreux, mais pour tous les hommes des peuples, partout, et pour tous les temps[14].

---

[11] Voir Nelson qui note que « Luther's clarion call of *sola scriptura* made the study of the Bible a Christian duty and led Protestants back to the original texts of the Hebrew Bible and the New Testament to an unprecedented degree », E. Nelson, *The Hebrew Republic. Jewish Sources and the Transformation of European Political Thought*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2010, 13. Pour les rapports complexes entre l'école moderne du droit natural et les doctrines scolastiques, voir outre l'ouvrage cité ci-dessus de P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, B. Tierney, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1625*, Grand Rapids, Eerdmans Publishing, 1997, 316ss. ainsi que J.P. Sommerville, « Selden, Grotius, and the Seventeenth-Century Intellectual Revolution in Moral and Political Theory », in V. Kahn & L. Hutson, *Rhetoric and Law in Early Modern Europe*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2001, 318-344, en particulier 320ss.

[12] A. Eyffinger, « 'How Wondrously Moses Goes Along With The House of Orange !' Hugo Grotius' 'De Republica Emendanda' in the Context of the Dutch Revolt », in Schochet, Oz-Salzberger & Jones, *Political Hebraism*, 107-147. Voir aussi dans cet ouvrage M. Bodian, « The Biblical 'Jewish Republic' and the Dutch 'New Israel in Seventeeth-Century Dutch Thought », 148-166. L'ouvrage comporte de nombreux articles de premier intérêt pour notre sujet. Voir aussi, J.A. Jacobs, *Judaic Sources and Western Thought, Jerusalem's Enduring Presence*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

[13] Pour celui-ci, V. M. Hadas-Lebel, « La lecture de Flavius Josèphe aux XVII^{e} et XVIII^{e} siècle », in Ch. Grell F. Laplanche, *La République des lettres et l'histoire du judaïsme antique XVI^{e}–XVIII^{e} siècles*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 1992, 101-113.

[14] A. Gentili, *Les trois livres sur le droit de la guerre*, trad. par D. Gaurier, Limoges, Pulim, 2012, 60. On peut se reporter à l'original latin et à sa traduction anglaise dans Carnegie classics of international law : *Three Books on the Law of War*, Oxford, Clarendon Press, 1933. Voir aussi l'étude de G.H.J. Van Der Molen, *Alberico Gentili and The Development of International Law. His Life Work and Time*, Amsterdam, H.J. Paris, 1937, qui note que toute l'œuvre de Gentili « testify to his extensive knowledge both of the Old and New Testaments », 248. L'œuvre de Gentili a fait récemment l'objet d'études très intéressantes. Voir les textes réunis par B. Kingsbury et B. Straumann, *The Roman Foundations of the Law of Nations. Alberico Gentili and the Justice of Empire*, Oxford, Oxford University Press, 2010 ainsi que par les mêmes éditeurs *The Wars of the Romans: A Critical*

De son côté Grotius avertit dans les *Prolégomènes* de son *De Jure Belli ac Pacis* où il indique la liste de ses Autorités :

> Je me sers souvent de l'autorité des livres que les hommes inspirés par Dieu ont soit écrits, soit approuvés, mais en distinguant entre la Loi ancienne et la Loi nouvelle. Il y a des philosophes qui soutiennent que la loi ancienne est le droit même de nature[15] ; c'est indubitablement une opinion erronée. Beaucoup de règles de cette loi viennent, en effet, de la volonté libre de Dieu qui n'est jamais en opposition avec le vrai droit de la nature [...]. Nous avons donc évité, autant que nous l'avons pu, et cette erreur, et une autre qui lui est opposée, suivant laquelle, depuis les temps de la nouvelle alliance, l'alliance ancienne ne serait plus d'aucun usage. Nous pensons le contraire ... (*Prolégomènes* XLVIII).

Cette façon de raisonner à partir de l'héritage biblique a changé le regard porté par les juristes, théologiens et philosophes sur les principaux problèmes politiques et religieux auxquels avaient à faire face les « intellectuels » dans cette période 1570-1670. Comme le note Eric Nelson dans son *Hebrew Republic* cet *hebrew revival* qui marque la fin du XVI[ème] siècle

> changed what it was possible for European to argue, either by making available an argument that was simply foreign to previous generations of political theorists [...] or by taking disreptuble political position and rendering it suddenly repectable[16].

Mais le plus remarquable, car pratiquement sans précédent dans les siècles passés de la chrétienté, est l'intégration dans les références à prendre en compte,

---

Edition and Translation of De Armis Romanis, (trad. par D. Lupher), Oxford, Oxford University Press, 2011.

15 H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduction Pradier-Fodéré, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, 25. C'est cette édition que nous utiliserons. Il nous arrivera cependant de citer aussi l'édition et traduction de Barbeyrac : *Le Droit de la guerre et de la paix par Hugues Grotius*, Nouvelle traduction par Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, Caen, Publications de l'Université de Caen, 1984. Elle demeure intéressante à lire pour les notes de celui-ci. Ainsi en ce qui concerne les "philosophes qui soutiennent que la loi ancienne est le droit même de nature" il cite un auteur (Gronovius) pour qui Grotius viserait ici « Bodin, & autres Judaïzans », 31 note XLIX (1). Voir aussi A. Gardot qui note qu' « un des sujets de heurt entre [Grotius et Bodin], c'est la croyance de Bodin que la loi ancienne des Hébreux coïncide avec le droit même de la nature ». (« Jean Bodin. Sa place parmi les fondateurs du droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 50, 1934–IV, 549-747, et 713). On peut citer encore Althusius dans une déclaration qui ressemble à celles de Gentili et Grotius: « I have used examples from the Holy Scriptures more frequently, since they were done either by God or pious men, and because I believe that no state has been established since the beggining of the world, which was more wisely and more perfectly, organised than the jewish state ». Cité par Lea Campos Boralevi, « Classical Foundational Myths of European Republicanism : The Jewish Commonwealth », in M. van Gelderen & Q. Skinner (éds), *Republicanism : A Shared European Heritage*, West Nyack (USA), Cambridge University Press, 2002, 256-257.

16 Nelson, *The Hebrew Republic*, 6.

parmi les auteurs dont l'avis doit être recherché et discuté, d'une bonne partie des grands textes de la tradition juive rabbinique, comme on le verra, depuis les deux Talmuds (Talmud de Babylone et Talmud de Jérusalem) jusqu'aux auteurs contemporains de Selden comme les rabbins Manassé ben Israël ou Léon de Modène.

Ceci n'a été possible que par le développement des études juives dans les grandes universités européennes et par l'apparition de l'idée que l'étude de l'hébreu était tout aussi indispensable que l'étude du latin et du grec pour des études sérieuses de droit, de théologie ou de philosophie[17]. Grotius est à cet égard un exemple très typique du « trilingual gentleman- scholar »[18] en ayant suivi à Leyde les cours du grand hébraïsant néerlandais Joseph Scaliger (1540-1609)[19]. Ce mouvement vers les études juives donna naissance à un ensemble d'érudits, les chrétiens hébraïsants, qui ont joué un rôle considérable dans l'évolution des idées dans l'Europe du XVII[ème] siècle. C'est à eux que l'on doit un immense travail de traduction en latin de tout ce qui comptait dans la tradition juive aussi bien les textes talmudiques, que le *Michneh Torah* de Maïmonide (1138-2004), les commentaires bibliques du Moyen-Âge, les grammairiens, les philosophes, les kabbalistes etc[20].

Tous ces livres de la tradition juive, traduits en latin vont être lus avec ardeur par des lecteurs qui s'appellent Hobbes, Harrington, Milton[21], Locke et bien d'autres qui ne sont pas des hébraïsants mais qui pourront s'approprier l'héritage biblique et rabbinique dans leurs analyses et dans leurs polémiques. C'est ainsi

---

17 Sur l'idéologie des trois cultures voir S. Grosby, « Hebraism : the Third Culture », in Jacobs, *Judaic Sources*, 73-96.

18 Voir Jacobs, *Judaic Sources*, 79. Il existe une littérature abondante sur Grotius les juifs, le judaïsme et la langue hébraïque. Voir entre autres E. Rabbie, « Hugo Grotius and Judaism », in H.J.M. Nellen & E. Rabbie, *Hugo Grotius Theologian. Essays in Honour of G.H.M. Posthumus Meyjes*, Leiden, Brill, 1994, 99-120, A.W. Rosenberg, « Hugo Grotius as Hebraist », *Studia Rosenthaliana*, vol. XII no. 1,2, 1978, 62-90, A.K. Kuhn, « Hugo Grotius and the Emancipation of The Jews in Holland », *American Jewish Historical Society Journal*, 1928, 173-180.

19 Voir sur celui-ci les indications données par G.G. Stroumsa, *A New Science: The Discovery of Religion in The Age of Reason*, Cambridge MA, London, Cambridge University Press, 2010, 39ss. avec la bibliographie.

20 De nombreuses et passionnantes études ont été faites sur les chrétiens hébraïsants. Voir en particulier A.L. Katchen, (éd.) *Christian Hebraists and Dutch Rabbis. Seventeenth Century Apologetics and the Study of Maimonides'Mishneh Torah*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1984, Coudert & Shoulson, *Hebraica Veritas ?*, F. Laplanche, « L'érudition chrétienne aux XVI[e] et XVII[e] siècles et l'Etat des Hébreux », in Groupe de recherches spinozistes, *L'Ecriture sainte au temps de Spinoza et dans le système spinoziste*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 1995, 133-147, P.T. van Rooden « Constantijn l'Empereur contacts with Amsterdam Jews and his confutation of Judais », in J. van den Berg & E.G. van der Wall (éds.), *Jewish-Christian Relations in the Seventeeth Centuries. Studies and documents*, Dordrecht/Boston/Londres, Springer, 1988, 51-72.

21 Sur Milton on dispose de l'impressionnante étude de Jeffrey S. Shoulson, *Milton and the Rabbis. Hebraism, Hellenism & Christianity*, New York, Columbia University Press, 2001.

que d'après Nelson il était courant « in the midst of the English Revolution, for defenders of the regicide to cite a ruling of Maimonides's that kings may be judged and even whipped, if they commit crimes »[22].

1.2. *Un mythe fondateur : La Republica Hebraeorum*

Ce mouvement vers la *Hebraica Veritas*, devait donner naissance à un mythe politique fondateur dans la pensée européenne, celui de la *Republica hebraica*, une entité politique idéale, se gouvernant sans roi, construite non seulement à partir des textes bibliques (pour cela la tradition chrétienne aurait pu suffire) mais aussi à partir de sources spécifiquement juives bibliques et post bibliques Et en effet, quoi de plus normal pour des hommes croyant à la vérité des textes bibliques de se reporter à ceux-ci pour construire leur modèle de société ? Comme l'indique Peter Cunaeus (1586-1638), le grand orientaliste néerlandais, un des pères de l'idéologie républicaine et proche ami de Grotius, dans un exposé fait devant les Etats de Hollande, la République des Hébreux doit être considérée comme « la plus saine et la plus exemplaire du monde [...] car ce n'est pas un mortel qui est son auteur et fondateur mais le Dieu immortel »[23].

Gentili de son côté, souligne, comme on l'a vu, que les textes bibliques n'ont pas été écrits seulement pour les Hébreux, ils offrent un modèle politique valable pour tous les peuples. Le tout est de les comprendre correctement, d'où la nécessité de recourir aux sources juives car si les juifs ont été aveugles à l'annonce de la Bonne nouvelle leurs Docteurs, comme l'indique un érudit anglais, restent les meilleurs

> to give light to the ordinances of Moses touching the externall practice of them in the commonwealth of Israel [...] and without whose help, many of those legall rites (especially in Exodus and Leviticus) will not easily be understood[24].

---

[22] Nelson, *The Hebrew Republic*, 6. Nelson appelle avec humour les républicains férus de références bibliques et rabbiniques les « Talmudic Commonwealthsmen », 23. Le texte de Maïmonide visé est, *Michneh Torah*, « Hilkhot Melakhim » (*Règles sur les rois et leurs guerres*) III, 7 (et non III, 2 comme cela est indiqué). Les rois de la dynastie de David peuvent être juges et peuvent être jugés mais les autres ne peuvent ni être juges ni être jugés car on suppose qu'ils ne veulent pas se soumettre à la loi de la *Torah* (voir l'incident rapporté in T.B. *Sanhedrin* 19a.). S'agissant la possibilité de fouetter le roi en cas d'infraction aux obligations énoncées dans Deutéronome XVII, 14-17, voir Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, éd. Pradier Fodéré., L.I. Ch.XX, 121, para. 2. Barbeyrac de son côté écrit : « c'est une pure fable et divers auteurs l'ont montré clair comme le jour », *Le Droit de la guerre et de la paix*, 153. Il semble bien que Barbeyrac ait ici raison. Voir aussi J.P. Rosenblatt, *Renaissance England's Chief Rabbi John Selden*, New York, Oxford University press, 2006, 197.

[23] Texte cité en anglais par Nelson, *The Hebrew Republic*, 107.

[24] H. Ainsworth, *Annotations upon the five Bookes, the Booke of Psalmes, and the Song of Songs, or Canticles*, London, 1627, cité par Nelson, *The Hebrew Republic*, 17. Et de même Grotius écrit : « Les écrivains hébreux, ceux surtout qui ont parfaitement connu la langue et les mœurs de leur nation, ne contribuent pas médiocrement à nous faire

De 1574 à 1724 vont paraître plusieurs ouvrages consacrés à la description et à l'étude de la *Republica Hebraeorum* : Cornelius Bonaventure Bertram *De Republica Ebraeorum, sive De Politica Judaica, tam Civili quam Ecclesiastica* (Genève 1574), Carlo Sigonio, *De Republica Hebraeorum Libri VII* (Bologne 1582), Petrus Cunaeus, *De Republica Hebraeorum* (Leyde 1617)[25]. Ce sont là les auteurs les plus connus[26] mais il y en a d'autres tout au long du XVII[ème] siècle et même encore jusqu'au début du XVIII[ème] siècle.

Naturellement cette reconstruction d'une République des Hébreux présentée comme un modèle politique au XVI[ème]/XVII[ème] siècle n'était guère appropriée pour traiter des problèmes politiques, juridiques et religieux de l'Europe moderne. Elle relevait largement du mythe mais d'un mythe fondateur de la conscience politique européenne[27]. A ce mythe sera substitué par la suite un autre mythe celui de l'état de nature et du contrat social.

Après cette présentation d'ensemble du grand mouvement de pensée qui se développe dans cette période à cheval sur les deux siècles XVI[ème]/XVII[ème], il faut maintenant arriver au cœur de cette étude sur les sources juives dans la naissance de ce que les historiens appellent « l'Ecole du droit de la nature et des gens »

---

comprendre la pensée des livres qui se rapportent à l'ancienne alliance », (*Prolégomènes* XLIX), Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, 26. Ce qui lui attirera la critique acerbe de Barbeyrac. Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, (édition Barbeyrac), Prolégomènes L : « Mais les savans les plus judicieux sont fort revenus aujourd'hui de l'estime qu'on avait pour les rabbins », 31 de l'édition Barbeyrac n.1 du Prolégomène L. Il est vrai que le XVIII[ème] siècle n'aura souvent que mépris à l'égard des écrits juifs.

25 On dispose aujourd'hui d'une traduction récente de l'ouvrage de Cunaeus: Petrus Cunaeus, *The Hebrew Republic*, Jerusalem, Shalem Press, 2007, avec une introduction de A. Eyffinger.

26 Pour un examen de ces auteurs et de quelques autres, voir Laplanche, *La République des lettres*, qui recense neuf ouvrages parus avant 1670. L'auteur note aussi que « le succès de ces ouvrages en leur temps est doublement attesté : d'abord par le nombre des rééditions et des traductions ; ensuite par le fait que les programmes d'études théologiques proposés à la fin du XVII[e] siècle aussi bien pour les catholiques (Mabillon) que pour les protestants (Gaussen) en recommande la lecture aux *studiosi* », 133-134. Dans sa conclusion F. Laplanche note que « cette nouvelle lecture [opérée par les auteurs qu'il a examinés] déchiffre l'Ancien testament moins en termes de prophétie que de droit, de théologie que de politique. Le judaïsme ainsi interprété aurait-il servi de moule à la religion des Lumières ? La question mérite d'être soulevée … », Laplanche, *La République des lettres*, 146. Voir aussi Stroumsa, *A New Science*, en particulier le chapitre II « Respublica Hebraeorum : Biblical Religion and European Culture », 39-61. L'attitude des chrétiens hébraïsants à l'égard des juifs concrets vivant avec eux dans un même royaume n'est pas toujours exempte d'ambiguïté. V.A.P. Coudert, « Seventeenth-Century Christian Hebraists : Philosemites or Antisemites ? », in A.P. Coudert, S. Hutton, R.H. Popkin, G.M. Weine, *Judaeo-Christian Intellectual Culture in the Seventeenth Century*, Dordrecht, Kuwer, 1999, 43-69. Sur la crise de l'érudition hébraïque comme porteuse de sens pour la société intellectuelle globale voir A. Sutcliffe, *Judaism and Enlightenment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 23-41.

27 Voir L. Boralevi, « Classical Foundational Myths ».

formulation que l'on trouve chez Selden (De *jure naturali & gentium, iuxta disciplinam Ebraeorum* (1640), Pufendorf *De jure naturae et gentium. Libri Octo* (1672) et Rachel (*De jure naturae et gentium*, 1676).

Les deux questions, droit de la nature et droit des gens, sont liées pour au moins deux raisons. Historiquement le droit des gens a à faire avec le droit de la nature. A l'origine la notion de *jus gentium* (droit des gens) est une catégorie du droit romain qui couvrait les relations entre citoyens romains et citoyens non romains (ou entre citoyens non romains) qui ne pouvaient être de ce fait régis par le *jus civile* romain. D'autres règles devaient être appliquées qui pouvaient tirer leur origine du droit naturel.

A la suite d'une évolution longue et complexe, passant par le droit romain, les Pères de l'Eglise (Augustin en particulier), les théologiens et juristes du Moyen-Âge et du XVI[ème] siècle, la notion de *jus gentium* va en venir, tardivement, à désigner un droit applicable à des collectivités humaines souveraines[28]. Dans ce sens les auteurs le voient comme un complexe de règles de droit naturel et de droit positif, selon un dosage qui varie selon les époques et les personnes. Lorsqu'apparaissent les auteurs protestants qui entreprennent des études de ce que l'on appellerait aujourd'hui le droit international, tout particulièrement Gentili et Grotius et leurs ouvrages sur le droit de la guerre ou le droit diplomatique, le droit de la nature joue nécessairement un rôle considérable dans la mesure où l'aspect positif de ce droit demeure encore très limité.

Si on raisonne en fonction de ce qui est considéré aujourd'hui comme les sources du droit international, les traités, la coutume, les principes généraux de droit, éventuellement la jurisprudence, on doit constater que ces sources ne font, à cette époque, que commencer à produire des règles mais qu'il faudra attendre au moins le XIX[ème] siècle et même plus tard pour avoir un corpus suffisamment important de normes susceptibles de régir (mais avec combien de lacunes encore) les relations entre Etats. Au XVII[ème] siècle il serait impossible de construire quoi que ce soit ayant la moindre prétention à gouverner les relations entre les Etats naissant dans l'Europe moderne, si les juristes et philosophes ne pouvaient recourir à cette source inépuisable du droit de la nature[29].

---

28 Pour une étude approfondie de la notion de *jus gentium* et son évolution, voir Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, 311-358, et E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, 37-104, (chap. 1). Voir aussi Jeremy Waldron, *Partly Laws Common to All Mankind. Foreign Law in American Courts*, New Haven, Yale University Press, 2012, 24-47. Et Voir M.F. Renoux-Zagamé, « La disparition du droit des gens classique », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1987, 23-53 ; S. Lagfmani, *Histoire du droit des gens : du jus gentium au jus publicum europaeum*, Paris, Pedone, 2004.

29 P. Haggenmacher considère que « le cordon ombilical reliant le droit des gens au droit naturel » a été tranché par Vitoria car c'est lui qui a fait de la convention tacite un 'principe constitutif autonome'. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, 336. Je dirais plutôt 'a commencé' à être tranché car la lecture de nos pères fondateurs

Par la suite quand les sources du droit positif vont prendre de l'ampleur, on sera amené à mieux distinguer droit naturel et droit des gens avec la disparition quasi complète de toute référence au droit naturel dans les ouvrages de droit international à partir du XIX^{ème} siècle. On sera ainsi passé du droit des gens inscrit dans le droit naturel (Pufendorf), ou conservant des liens avec le droit naturel (Grotius, Vattel) à un 'droit international' (l'expression vient de Bentham)[30] positif. Mais pour ce qui en est de notre période d'étude (XVI^{ème} et XVII^{ème} siècle) le lien reste encore très fort et il justifie que nous fassions l'examen, s'agissant de la présence des sources juives, à la fois de la doctrine du *droit de la nature*, puis dans un deuxième temps, de la doctrine du *droit des gens*.

2. Les sources hébraïques dans la doctrine du droit de la nature dans l'Europe moderne

Si parmi les multiples définitions du droit naturel, on s'attache à celle qui voit dans ce droit l'expression de la raison et en déduit qu'il s'agit d'un droit d'application universelle, conception qui est, avec des nuances, celle des auteurs dont nous rendons compte[31], on s'aperçoit que ceux-ci ont été chercher dans la tradition juive une confirmation de leur doctrine en la matière.

---

ne témoigne pas d'une séparation aussi … tranchée. Et que dire de Pufendorf qui refuse d'accepter l'idée même d'un droit des gens positif, en particulier fondé sur une convention expresse ou tacite, et qui n'accepte que le droit naturel car il n'est pas susceptible d'être manipulé par les Etats au nom de leurs intérêts égoïstes ? Dans le paragraphe XXIII, du chapitre III, du Livre II de son *Droit de la nature et des gens*, Pufendorf écrit : « Plusieurs [savans, et il cite Hobbes], croient que le Droit Naturel & le Droit des Gens ne sont au fond qu'une seule & même chose, & qu'ils ne diffèrent que par une dénomination extérieure. […] Je souscris absolument à cette proposition … », *Le Droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2009, 213. Et voir Jouannet, *Emer de Vattel*, 52-56. Et sur l'apparition d'une doctrine de droit des gens positif, 58-68.

30 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1907, reprint of 1823 ed, Chap. XVII.31, note 143: « The word international, it must be acknowledged, is a new one; though, it is hoped, sufficiently analogous and intelligible. It is calculated to express, in a more significant way, the branch of law which goes commonly under the name of the law of nations: an appellation so uncharaeteristic, that, were it not for the force of custom, it would seem rather to refer to internal jurisprudence. The chancellor D'Aguesseau has already made, I find, a similar remark: he says that what is commonly called *droit* des *gens*, ought rather to be termed *droit* entre *les gens* ». On remarquera cependant que l'ouvrage de R. Zouch de 1650 porte dans son titre l'expression *jus inter gentes* (*Juris et judicii fecialis, sive juris inter gentes* …) qui se trouve déjà dans les *Relectiones theologicae* de Francisco de Vitoria. Voir E. Nys, *Le Droit romain, le droit des gens et le collège des docteurs en droit civil*, Bruxelles, M. Weissenbruch, 1910, 93.

31 Voir R. Tuck, *Natural Rights Theories : Their Origin and Developments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, et en particulier p. 58-100 sur Grotius et Selden. Voir

On ne peut dans le cadre de cette contribution faire une démonstration complète de ce qui vient d'être dit. Mais nous choisirons un exemple suffisamment important pour illustrer notre propos. Il portera sur les principes éthico-juridiques ultimes de tout système de droit que la tradition chrétienne situe, pour une bonne part, dans le Décalogue tel qu'il est énoncé dans le Pentateuque. Identification contestée dès le XIII[ème] siècle par Duns Scott, et récusée de façon étonnante par certains auteurs (Grotius et Selden) au XVII[ème] siècle. Ces auteurs préfèreront la doctrine des lois *noa'hides* présentées dans le Talmud, au Décalogue énoncé dans la Bible. On constatera ainsi, sur la question des principes fondateurs ultimes du système juridique, le passage d'un paradigme biblique à un paradigme talmudique.

2.1. *Le paradigme biblique : Le Décalogue comme énoncé de droit naturel*

Sur la question du Décalogue et du droit naturel, la théologie chrétienne, en général, et la théologie catholique tout spécialement est extraordinairement riche et complexe. On ne peut donc présenter ici que quelques éléments de cette théologie dans l'optique qui est la nôtre[32]. Dès les premiers Pères de l'Eglise (Irénée, Justin, Ambroise, Tertullien, Augustin, Basile de Césarée), il est entendu que les préceptes du Décalogue énoncés dans la Loi ancienne sont entièrement repris par la Loi nouvelle[33]. Cette identité de vue suppose que ces préceptes appartiennent au droit naturel. Quelle que soit, en effet, la conception que l'on se fait de celui-ci, dans la théologie chrétienne, il est reconnu que les préceptes du Décalogue ont affaire avec le droit naturel.

L'idée que les préceptes du Décalogue ont été d'abord gravés sur le cœur de l'homme, idée commune à divers auteurs comme Augustin, renforce l'idée de préceptes universels et immuables (comment modifier ce que Dieu lui-même a gravé sur les cœurs) et donc appartenant sans conteste au droit naturel[34].

---

aussi Toomer: « Selden takes it as axiomatic that natural law is a synonym for the law which is common to all mankind », G.J. Toomer, *John Selden. A Life in Scholarship*, vol. II, Oxford, Oxford-Warburg Studies, 2009, 492. Il va de soi que la conception de Grotius d'un droit naturel qui serait le même quand bien même il n'y aurait pas Dieu (Prolégomènes XI, *De jure belli ac pacis*, éd. Pradier-Fodéré, 12), suppose strictement le caractère universel de ce droit.

32 Pour tout ce passage théologique nous sommes redevable à A. Vacant, E. Mangenot & E. Amann (éd.), *Dictionnaire de théologie catholique*, 2[ème] éd., Paris, Librairie Letouzey et Ané, 1920.

33 Voir Vacant, Mangenot & Amann, *Dictionnaire de théologie catholique*, 167-168.

34 On notera cependant que Thomas d'Aquin considère que tous les préceptes du Décalogue n'appartiennent pas à la loi naturelle de la même façon. Sur la question du Décalogue chez Thomas d'Aquin, voir *Somme Théologique*, vol. 2, *I-II Q 100 a.* 3 à 8, Paris, Cerf, 1984, 636-646. Voir aussi L. Charette, « Droit naturel et droit positif chez saint Thomas d'Aquin », *Philosophiques*, 8(1), 1981, 113-130, et en particulier 117-121. Pour une reprise assez curieuse de l'identification du droit naturel avec le Décalogue par

On pourrait imaginer que tout le droit naturel ne s'exprime pas dans le Décalogue qui ne serait ainsi qu'une partie de la loi naturelle mais cette hypothèse est rejetée par Thomas d'Aquin qui enseigne que tous les préceptes du droit naturel ont leur correspondant dans les dix commandements[35]. Et en effet pour Thomas d'Aquin « [l]es préceptes naturels du Décalogue supposent ou contiennent toutes les obligations imposées par la loi naturelle [...] » parce que ces préceptes constituent des principes logiques nécessaires et antérieurs aux devoirs énoncés dans le Décalogue. Ainsi, « Les préceptes du Décalogue contiennent au moins implicitement toutes les conclusions déduites de la loi naturelle d'une manière plus ou moins évidente »[36].

Bien que la version thomiste ait été dominante pendant le Moyen Âge et jusqu'à l'orée de la Renaissance, on voit apparaître, dès le XIII[ème] siècle, une opinion contraire à celle du 'docteur angélique' avec Duns Scot, Celui-ci est le premier, semble-t-il, à mettre en doute l'identification des préceptes du Décalogue à la loi naturelle. S'agissant des prescriptions de la deuxième table du Décalogue (*Tu ne tueras pas, tu ne voleras pas* etc.) Duns Scot refuse d'y voir tout aussi bien des préceptes d'une loi naturelle immuable que des préceptes de valeur universelle compte tenu des exceptions que l'on trouve à ces préceptes dans la Bible ou des dispenses que la théologie chrétienne accepte quant à leur caractère obligatoire[37]. Ce doute porté sur la nature des préceptes du Décalogue va se

---

J. Bodin dans son ouvrage intitulé *Heptaplomeres*, voir Sh. Pines, « The Jewish Religion after the Destruction of Temple and State : The Views of Bodin and Spinoza », in S. Stein, R. Loewe, *Studies in Jewish Religious and Intellectual History Presented to Alexander Altmann*, Alabama, The University of Alabama Press, 1979, 215-234. Grotius de son côté, déclare que la loi hébraïque "nous fait voir d'abord que ce qui s'y trouve prescrit n'est pas contraire au droit naturel", LI, ch. 1, para. 17 2, *Le Droit de la guerre et de la paix*, 47. Cette loi n'oblige pas les chrétiens mais rien n'empêcherait un souverain d'adopter des lois ayant la même teneur que la loi juive (LI, ch. 1, para. 17.3, *Le Droit de la guerre et de la paix*, 48).

35 Voir T. d'Aquin, *Somme Théologique I-II Q 100 a.* 3 : « Question : tous les préceptes moraux de la Loi ancienne se ramènent-ils aux préceptes du Décalogue ? ». Pour parer à l'objection que certains préceptes moraux semblent ne pas être présents dans le Décalogue, Thomas répond : « Il y a [...] deux sortes de préceptes qui ne figurent pas au Décalogue : d'une part les préceptes premiers et généraux qui n'ont pas besoin d'être déclarés autrement que par leur insertion dans la raison naturelle au titre de connaissance immédiate, comme de ne faire tort à personne, et autres du même genre ; et d'autre part ceux dont la convenance rationnelle se découvre aux sages après une étude attentive, car c'est à travers l'enseignement des sages que ces préceptes parviennent de Dieu au peuple. Cependant l'on peut dire que ces deux catégories de préceptes sont contenues dans le Décalogue, chacune à sa manière. [...] », *Somme Théologique I-II Q 100 a.* 3, *Réponse*, 637.

36 Voir Décalogue, Vacant, Mangenot & Amann, *Dictionnaire de théologie catholique*, 170. Et *Somme Théologique I-II Q 100 a.* 3 et 11, à 636 et 648.

37 Pour Duns Scot, voir M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, 206. Sur la question de la dispense aux préceptes du Décalogue, voir T. d'Aquin, *Somme Théologique*, 644-646.

manifester à nouveau au XVII[ème] siècle et va conduire à un rejet de l'identification entre Décalogue et loi naturelle. Ceci sera le fait de deux auteurs majeurs, Grotius et Selden[38].

2.2. *Le paradigme talmudique*

Le passage qu'opère Grotius (de façon prudente) et Selden (de façon très tranchée) de la Bible au Talmud est tout à fait remarquable. Cependant, avant de considérer l'apport de ces deux auteurs, il faut rappeler que la tradition juive a conçu un équivalent au droit naturel (équivalence mais pas identité) qui s'exprime dans la conception des lois dites *noa'hides*, valides pour l'humanité toute entière.

2.2.1. Les lois *noa'hides* dans la tradition juive

On trouve dans le Talmud l'idée qu'à côté du droit juif (la *halakha*) il existe un droit spécifique qui découle d'une alliance contractée par Dieu avec Noé (en hébreu Noa'h, l'ancêtre de l'humanité après le déluge) et qui énumère un petit nombre de règles de droit et de morale qui sont d'une application universelle et que tout groupe humain doit respecter s'il veut accomplir ses obligations vis-à-vis de Dieu. Il s'agit des lois *noa'hides* qui représentent ainsi une sorte de socle minimal pour toute société humaine. Le texte de référence se trouve dans le Talmud de Babylone traité *Sanhedrin*, 56a :

---

[38] Chez Pufendorf on trouve un passage complexe sur la qualification des commandements du Décalogue. Il commence par refuser l'opinion de Hobbes qui considère (*De Cive*, C. XIV, para. 9) que « les commandements du Décalogue ne sont pas des Lois Naturelles, mais des Lois Civiles », i.e. des lois instituées au sein d'un Etat sous les conditions prévues par cet Etat. *Ne pas tuer* signifie ne pas tuer selon les conditions interdites par l'Etat mais il est licite de tuer selon les autorisations acceptées par l'Etat (bourreau, soldat en guerre, etc.). Et ainsi de suite pour chaque commandement. Pufendorf rejette cette façon de voir en expliquant que « [t]out ceci roule encore sur la fausse hypothèse de cet Auteur [Hobbes], qu'avant l'établissement des Sociétés Civiles il n'y avait point de Mien & de Tien, ni de Mariage réglé, & que chacun pouvoit alors agir comme il lui plaisoit envers & contre tout autre ». Pufendorf rejette l'idée et considère au contraire que les commandments du Décalogue étaient les seules règles applicables entre personnes vivant dans l'état de nature : « [...] il est clair que tous ces Comandements ont lieu entre ceux qui vivent dans l'indépendance de l'Etat de nature, & qui n'ont d'autres Loix communes que les Naturelles ». Il ajoute cependant que dans la mesure où ces commandments ont été donnés aux Israélites par Moïse et gravés sur les deux Tables ils sont aussi les lois civiles de ce peuple « ou plutôt les principaux chefs de son Droit Civil », Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, vol. II, Livre VIII, ch. I, para. 4, à 357. Mais de toute façon c'est Dieu et lui seul qui est le fondement ultime du droit naturel : « Il faut donc nécessairement poser pour principe, que l'Obligation de la Loi Naturelle vient de Dieu même, qui, en qualité de Créateur & de Conducteur Souverain du genre Humain, prescrit aux Hommes avec autorité l'observation de cette Loi. Et c'est ce que l'on peut connoitre certainement par les lumières de la Raison », Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, vol. I, Livre II, ch. III, para. XX, à 204.

> Nos maîtres ont enseigné [que] sept commandements ont été donnés aux enfants de Noé : l'institution de tribunaux, l'interdiction de blasphémer le Nom divin, l'interdiction de l'idolâtrie, l'interdiction des unions illicites, l'interdiction du meurtre, l'interdiction du vol, l'interdiction de prélever [pour la consommation] un morceau de chair sur un animal vivant[39].

Ces lois *noa'hides* comportent six interdictions et un commandement positif (instituer des tribunaux), deux commandements concernant les relations entre les hommes et Dieu (l'interdiction du blasphème, l'interdiction de l'idôlatrie), quatre commandements régissant les relations entre les personnes humaines (l'institution des tribunaux, l'interdiction des unions illicites, adultère et inceste, l'interdiction du meurtre et du vol), et un commandement alimentaire, l'interdiction de prélever (pour la consommation) un morceau de chair sur un animal vivant.

On ne peut pas entrer dans le détail de ces commandements mais on fera deux observations. Ces commandements sont rationnels, on veut dire par là qu'ils sont susceptibles d'une explication en raison ce qui est nécessaire si on veut leur donner une vocation universelle. Dans la phraséologie du Talmud et des philosophes

---

[39] V. aussi *Tossefta* sur « Avoda zara », où l'ordre des règles n'est pas le même : interdiction de l'idôlatrie, du blasphème, du meurtre, des relations illicites, du vol, du prélèvement d'un morceau de chair sur un animal vivant, et obligation d'instituer des tribunaux. C'est l'ordre retenu par Maïmonide, *Michneh Torah*, Livre des juges, « Lois concernant les rois et la guerre », ch. IX, 1 (*The Code of Maimonides*, Book 14, New Haven, Yale University Press, 1949, 230ss.) Et voir l'article « ben noa'h » in *Encyclopedia talmudica* avec une liste d'autres règles noa'hides découlant de diverses sources (*Encyclopedia Talmudica*, vol. 4, Jerusalem, Talmudic Encyclopedia Institute, 1978, 360-379). On peut s'étonner de l'existence au sein de la tradition juive talmudique d'une conception du salut valant pour les non juifs. Ceci vient d'une façon paradoxale du fait que la foi juive est un universel concret, pour reprendre une terminologie hégelienne. N'étant pas un pur universalisme comme l'est la foi chrétienne ou l'islam, qui de ce fait ne peuvent concevoir que le salut puisse exister en dehors d'eux mêmes, la foi juive peut accepter que des non-juifs pieux puissent accéder au salut. Mais étant, cependant, un universalisme elle demande à l'humanité non juive de respecter un socle minimum de valeurs qui viennent de son propre fond judaïque. Sur les lois *noa'hides* voir D. Novak, *The Image of the Non-Jew in Judaism. An Historical and Constructive Study of the Noahide Laws*, New York /Toronto, The Edwin Mellen Press, 1983, et du même auteur *Natural Law in Judaism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998 et la recension de Jackson (B.S.), « The Jewish View of Natural law », *Journal of Jewish Studies*, Spring 2001, 136-145 ; S.L. Stone, "Sinaitic and Noahide Laws : Legal pluralism in Jewish Law", *Cardozo Law Review*, 12, 1990-1991, 1157-1214; E. Benamozeg, *Israël et l'Humanité*, Paris, Albin Michel, 1961, Ch. Leben, « La question du droit naturel dans le judaisme », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1109-1123. Pour une etude récente du sujet voir T. Rudavsky, « Natural Law in Judaism. A reconsideration », in J.A. Jacobs, *Reason, Religion and Natural Law*, New York, Oxford University Press, 2012, 83-105 (dans un sens favorable) et J.A. Jacobs, « The Reasons of the Commandments. Rational Tradition without Natural Law », in Jacobs, *Reason, Religion and Natural Law*, 106-129 (plus réservé).

juifs du Moyen-Âge, il s'agit de *michpatim* (règles dont le sens est compréhensible et qui se retrouvent dans toute société humaine, V. Saadia Gaon, X^{ème} siècle Babylonie, et Judah Halevi, Espagne XII^{ème} siècle)[40] et non de « *houkim* », règles dont le sens nous échappe, comme par exemple les règles sur les sacrifices, et qui sont propres au judaïsme. Même la loi alimentaire a sa rationalité. L'idée qui la sous-tend est que si Dieu après le déluge a accepté une humanité imparfaite et carnivore (au Jardin d'Eden seuls les végétaux étaient offerts à la consommation humaine (voir *Genèse* I, 29-30). Il demande aux hommes de ne pas se comporter comme des bêtes qui déchirent leur proie[41].

Il en va de même pour l'obligation d'instituer des tribunaux, le terme employé, en hébreu, pour ce commandement, *dinim*, est en fait équivoque. Littéralement il s'agit du commandement du 'jugement' et cela peut désigner aussi bien l'obligation d'établir des tribunaux que celle de légiférer ou les deux à la fois. C'est ainsi qu'un des plus grands commentateurs de la Bible au Moyen Âge, Na'hmanide (Catalogne, 1194-1270), s'exprime ainsi :

> A mon avis, l'ordre adressé aux descendants de Noé concernant les sept lois, ne comporte pas seulement l'obligation d'instituer des juges dans les régions et les villes, mais implique aussi que soient édictées des lois sur le vol, la tromperie dans les transactions, l'extorsion, le paiement des salaires, le dépôt, le viol, la séduction, la responsabilité pour les dommages causés aux personnes, les prêts et les transactions

---

40 V. par exemple l'explication que donne Judah Halevi au roi des Khazars qui évoque la Bible et les obligations qui découlent de ce que dit le prophète Michée (VI, 8) « pratiquer la justice, aimer la bonté, marcher humblement avec [...] Dieu » sans avoir à se soumettre aux commandements spécifiques des juifs. A quoi J. Halevi répond : « Ces obligations [celles énoncées par le prophète Michée ou celles de Deutéronome X, 12] et celles qui leur ressemblent sont des lois rationnelles ; elles constituent les préambules et les préliminaires de la Loi divine, sur laquelle elles ont une antériorité naturelle et temporelle. Pour gouverner quelque collectivité humaine que ce soit, on ne peut manquer de les faire observer ; même une association de brigands ne peut se soustraire à l'obligation de pratiquer la justice dans ses affaires internes, sans quoi elle ne pourrait durer ». *Le Kuzari. Apologie de la religion méprisée*, Livre II, n° 48, Louvain, Peeters, 1994, 67.

41 Sur la problématique lois rationnelles/lois religieuses chez les philosophes juifs du Moyen-Âge, voir Leben, « La question du droit naturel dans le judaisme », 1116-1119. Sur l'existence de deux écoles distinctes quant à la façon de considérer la question de la place des gentils dans l'économie divine (celle de R. Akiva et celle de R. Ishmael), voir M. Hirshman, « Rabbinic Universalism in the Second and Third Centuries », *Harvard Theological Review*, 2000, 101-115. Sur l'opposition des rationalistes et des volontaristes dans les discussions sur le droit naturel, voir entre bien d'autres D.P. O'Connell, « Rationalism and Voluntarism in The Fathers of International Law », *The Indian Year Book of International Affairs*, 1964, (Part II), 3-32, et du même auteur, « The Rational Foundations of International Law : Francisco Suarez and The Concept of *jus gentium* », *Sydney Law Review*, 1956-1958, 253-270. Voir aussi pour une étude en profondeur, Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, 462-529, Ch. Edwards, « The Law of Nature in the Thought of Hugo Grotius », *The Journal of Politics*, 1970, 784-807.

> commerciales etc. tout comme cela a été ordonné à Israël. (commentaire sur Genèse XXXIV, 13)[42].

On voit que ce commandement renvoie en fait à une obligation générale d'instituer un ordre juridique permettant une vie sociale réglée, juste, honnête, obligation éminemment rationnelle et de portée universelle[43]. On peut penser, à propos de ce commandement de *dinim* à Hobbes lorsqu'il considère que la première règle de droit naturel qui s'impose aux hommes dans l'état de nature est qu'ils doivent en sortir, en constituant un Etat et en adoptant des lois seules susceptibles d'assurer la paix[44].

La question des *lois noa'hides* a été traitée par divers philosophes juifs du Moyen-Âge et tout particulièrement par Maïmonide qui a donné à cette théorie un tour très particulier entraînant des controverses qui se sont prolongées sur des siècles. Mais s'agissant du sujet qui nous occupe il n'est pas nécessaire ici de rentrer dans les détails de la doctrine de l'Aigle de la synagogue[45].

2.2.2. Les lois *noa'hides* chez Grotius (1583-1645) et Selden (1584-1654)

Il ne semble pas (mais une recherche plus approfondie serait nécessaire) que les auteurs chrétiens du Moyen-Âge aient eu connaissance de la doctrine juive des lois *noa'hides* et, encore moins, y ait vu un équivalent juif d'une doctrine du droit naturel. L'apport de Grotius et plus encore de Selden est ici déterminant. Ces deux auteurs vont rompre, de façon prudente chez Grotius, de façon tout à fait ouverte chez Selden, avec une tradition catholique millénaire en rejetant le Décalogue comme expression la plus éminente d'un droit à vocation universelle donné par Dieu Lui- même à toute l'humanité lors de la révélation du Sinaï. Ils vont mettre à sa place les lois *noa'hides* de la tradition talmudique.

Le changement est tout à fait remarquable qui remplace un texte du Pentateuque, célébré par tous les pères de l'Eglise, par un passage du Talmud alors même qu'il existe une tradition plus que millénaire d'hostilité de la chrétienté à l'égard

---

[42] Voir R.Y. Blinder, *The Torah with Ramban's Commentary*, vol. 2, New York, Mesorah Publications, 2004, 224.

[43] Comme le note S.L. Stone: « each Noahide principle is the subject of extensive rabbinic juridical elaboration so that Noahide law potentially covers a large variety of topics, including international human rights, euthanasia, abortion and capital punishment » ; S.L. Stone, « Judaism and Civil Society », in M. Walzer, (ed.), *Law, Politics and Morality in Judaism*, Princeton, Princeton University Press, 2006, 28.

[44] Voir N. Bobbio, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, Chicago, The University of Chicago press, 1993, 122.

[45] Les lecteurs intéressés pourront se reporter à notre article « La question du droit naturel dans le judaisme » et à la bibliographie citée. Voir également Stroumsa, *A New Science*. Celui-ci note, parlant du XVII[ème] siècle en Europe que « All of sudden, and for a century, the Noahide law became a central concept in the history of religions. They offered a thread of Ariane, as it were, through which one could retrace the early religious history of humankind and the place of religion in ancient polytheistic societies as reflected in the Hebrew Bible », Stroumsa, *A New Science*, 45.

de cet ouvrage considéré comme le réceptacle même de l'erreur juive, un livre rempli de fables blasphématoires en tous genres[46].

Pour Grotius et Selden[47] au contraire, le Décalogue a été donné spécifiquement aux juifs et contient des commandements qui les concernent exclusivement comme celui qui porte sur le respect du sabbat. En revanche Les lois *noa'hides* qui concernaient toute population humaine avant la révélation du Sinaï concernent aujourd'hui les nations du monde après le don de la Loi aux juifs. Il est vrai que cette idée n'est pas présentée telle qu'elle par Grotius, comme elle le sera par Selden. Mais la lecture attentive du *De jure belli ac pacis* nous révèle l'opinion de son auteur sur cette question.

Il y a tout d'abord le fait que nulle part, dans cet ouvrage, Grotius ne proclame – comme c'est courant à l'époque et dans le passé – que le Décalogue est l'expression du droit naturel et est obligatoire pour tout le genre humain. En effet le droit divin volontaire, celui légiféré par Dieu, « a été établi ou pour tout le genre humain, ou pour un seul peuple ». Cette dernière hypothèse est celle des lois de Moïse, et il n'y en a pas d'autres. En outre, s'il n'est pas exclu que certaines lois de Moïse puissent aussi bien être obligatoires pour tout le genre humain, et dans ce cas le texte du Pentateuque prescrit que la loi sera la même pour le juif et le non juif, de façon générale « les Israélites seuls étaient soumis à la loi de Moïse »[48].

Le droit hébraïque n'exprime donc pas le droit naturel, même s'il ne lui est pas contraire. Nulle part Grotius n'indique que le Décalogue échapperait à cette analyse et les contemporains ne s'y sont pas trompés. Barbeyrac cite Gronovius (1611-1671, érudit allemand) qui objecte contre Grotius que « les Lois du Décalogue obligent tous les hommes ». Ce à quoi Barbeyrac répond, prenant la défense de Grotius, que le Sabbat n'a été donné qu'aux seuls juifs et que même le cinquième commandement (*Honore ton père et ta mère*) est présenté de façon particulariste[49].

---

[46] Voir les différents autodafés du Talmud le long des siècles et par exemple, G. Dahan (ed.), *Le brûlement du Talmud à Paris, 1242-1244*, Paris, Cerf, 1999. Voir aussi J. Rosenblatt, « John Selden's *De Jure Naturali … Juxta Disciplinam Ebraeorum* and Religious Toleration », in Rosenblatt, *Renaissance England's Chief Rabbi John Selden*, 179 qui écrit: « Most Christians of the early modern period contrast the 'Hebrew truth' (*Hebraica veritas*) of the Bible with the rabbinical fables of the Talmud ».

[47] Sur la proximité amicale de ces deux auteurs malgré leur opposition sur la question du statut de la mer, V.R. Tuck, « Grotius and Selden », in J.H. Burns, M. Goldie, *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge University Press, 2008, 499-529, et voir les deux chapitres consacrés à ces auteurs par R. Tuck in *Natural Rights Theories. Their origin and development*, 58-100 et Sommerville, « Selden, Grotius », 318-344.

[48] Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, LI, I para. XVI.5, 45 et aussi para. XVI.7 « aucune partie de la loi hébraïque, en tant qu'elle est proprement une loi ne nous lie », 46-47.

[49] Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.I, ch.I para. XVI.2, à 59 note 2.

Dans ces conditions il n'y aurait plus rien dans la Loi divine proclamée au Sinaï qui intéresserait le reste du genre humain. C'est sans compter, cependant, sur la catégorie des lois *noa'hides*. Grotius introduit la notion dans le chapitre II du premier livre du *De jure belli ac pacis*.

> Rappelons ici l'ancienne tradition qui existe chez les Hébreux, et suivant laquelle Dieu aurait donné aux fils de Noé plusieurs lois que Moïse n'a pas toutes reproduites, parce qu'il suffisait pour son dessein qu'elles fussent postérieurement comprises dans la législation particulière des Israélites. […] On dit aussi que parmi les commandemants dictés par Dieu aux enfants de Noé, se trouvait celui de punir de mort non seulement l'homicide, mais l'adultère, l'inceste le vol avec violence[50].

Il s'agit bien là des lois noa'hides, même s'il manque l'institution des tribunaux et le commandement alimentaire. On en veut pour preuve supplémentaire que Grotius introduit ici une discussion concernant les personnes pieuses parmi les Nations, en citant correctement l'expression hébraïque (*'hassidei oumot haolam*) « les pieux d'entre les Nations » qui « étaient tenus, comme le rapportent les docteurs hébreux eux-mêmes, d'observer les lois données à Adam »[51]. Il ajoute que ces lois noa'hides qui constituent le droit divin volontaire pour toutes les Nations ont été données « trois fois par Dieu au genre humain : aussitôt après la création de l'homme ; une seconde fois, lors du renouvellement de l'espèce humaine après le déluge ; en dernier lieu, lors de la réparation plus grandiose qui a été réalisé par le Christ ». Ce qui lui attire un commentaire critique et sceptique de Barbeyrac[52].

Selden va reprendre de façon très systématique et très argumentée les idées de Grotius pour défendre la thèse que les lois *noa'hides* et non le Décalogue fournissent les principes de base de toute société tant sur le plan juridique que moral[53].

---

[50] Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, LI. II. para. V.8, à 58.

[51] Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, L.I, ch.I, para. XVI.3, 44. La traduction Barberac donne l'expression en caractères hébraïques et la traduit correctement (« les pieux d'entre les Nations », *ibid*., 59, note 4), mais pas l'édition Pradier-Fodéré et qui traduit (mal) : « Les vertueux des nations ». Pour le statut des « étrangers domiciliés » (*guer tochav*), Grotius renvoie au traité de Maïmonide, *De l'idôlatrie*. Il s'agit de la quatrième section du Livre de la connaissance, ch.X, para. 6. Voir Maïmonide, *Le livre de la connaissance*, Paris, Presses Universitaires de France, 1961, 327-328.

[52] Voir Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, L.I, ch.I para. XV.2, trad. Barbeyrac, 57, note 2, éd. Pradier-Fodéré, 44. Barbeyrac écrit en note qu'il ne comprend pas bien ce que Grotius veut dire mais ajoute qu'il s'agit sans doute « des six Préceptes qu'il [Grotius] suppose, avec les Rabbins, avoir été donné à Adam & Noé […] aussi bien que le septième, qui regarde l'abstinence du Sang… ». Là-dessus Barbeyrac est fort sceptique et écrit que « tout cela n'est fondé que sur une Tradition fort incertaine… ». *Ibid*., 57, note 3. Et voir l'étude détaillée de Grotius et Selden sur cette question par J.P. Rosenblatt, « Natural Law and Noachide Precepts : Grotius, Selden, Milton and Barbeyrac », in Rosenblatt, *Renaissance England's Chief Rabbi John Selden*, 135-157.

[53] Voir J.P. Sommerville, « The Law of Nature and the Origins of Government », *The Historical Journal*, 27(2), 1984, 438-439 avec les citations de Selden en latin. On notera une

C'est là le but de son fameux et volumineux ouvrage le *De jure naturali et gentium juxta disciplinam ebraeorum* de 1640 qui a eu un impact considérable sur les intellectuels européens jusqu'au XVIII[ème] siècle[54]. L'étude est organisée selon un plan qui consacre à chaque loi *noa'hide* un livre (au sein de son ouvrage). Selden démontre à chaque fois que la loi *noa'hide* examinée constitue un des principes de la loi naturelle et que toute loi naturelle se trouve comprise dans une des sept lois *noa'hides*.

Dans cet exercice Selden excelle et démontre une habileté quasiment talmudique. On peut en donner un exemple à partir du passage du *De jure belli ac pacis* où Grotius énonce « les commandements dictés par Dieu aux enfants de Noé » et ajoute « Ce point est confirmé par les paroles de Job (XXXI, II) », sans en dire plus. Or, comme le note Barbeyrac, en commentaire, le texte cité n'a rien à voir avec les lois *noa'hides*. Job y proclame son innocence et plaide non coupable des différentes fautes dont l'homme peut être redevable vis-à-vis de Dieu. Selden va montrer que Job n'était pas juif mais gentil[55], qu'il était une personne pieuse au sens de *Sanhedrin* 56a et qu'à travers son plaidoyer on peut reconstituer les lois *noa'hides*, chacune des protestations visant à montrer qu'il n'avait enfreint aucune de ces sept lois. Il n'est pas nécessaire d'en dire plus ici. Toute personne parcourant les deux volumes de Toomer consacrés à une présentation des textes latins de Selden se rendra immédiatement compte de l'immersion complète de Selden dans l'ensemble des textes de la tradition juive alors même qu'il traite des sujets contemporains (politiques, juridiques ou religieux)[56].

---

erreur dans l'ouvrage (par ailleurs intéressant) de P. Laurent, *Pufendorf et la loi naturelle*, Paris, Vrin, 1982, qui écrit : « Selden [...] a abandonné l'idée de traiter d'un droit naturel universel pour s'attacher à celui du Décalogue, revêtu de l'autorité que Dieu lui-même a donné. » Non pas le Décalogue mais les lois *noa'hides*.

54 L'ouvrage a été réédité à plusieurs reprises pendant les XVII[ème] et XVIII[ème] siècles. Mais par la suite il est arrivé à Selden quelque chose d'extrêmement curieux : alors même que plusieurs auteurs de son siècle qui ont écrit en latin ont été traduits dans une des grandes langues européennes dès le XVIII[ème] siècle (Grotius et Pufendorf évidemment), son oeuvre latine est restée non traduite avec pour seule exception au XVII[ème] siècle son livre sur la mer fermée (*Mare clausum*, voir ci-après). Récemment son ouvrage sur le droit matrimonial juif a été traduit : J.R. Ziskind, *John Selden on Jewish Marriage Law: The Uxor Hebraica*, Leiden, Brill, 1991. On peut cependant à l'heure actuelle lire une présentation très détaillée des principales oeuvres latines de Selden grâce à la publication d'une érudition impressionnante de Toomer, *John Selden. A life in Scholarship*. Voir pour le *De jure naturali*, vol. 2, 489-562.

55 Il y a toute une discussion dans la littérature talmudique pour savoir si Job était juif ou gentil. Voir par exemple L. Ginzberg, *The Legends of the Jews*, vol. II, Philadelphia, JPS, 1969, 225. Pour Maïmonide, comme pour une partie de la tradition, Job est un personnage fictif et son livre est une parabole. Voir Maïmonide, *Guide des égarés*, vol. III, Paris, Maisonneuve Larose, 1963, 159.

56 Sur Selden la bibliographie française est indigente. On lira avec d'autant plus d'intérêt les actes du colloque organisé en juin 2010 par l'Institut Michel Villey : « John Selden

3. Le recours à des sources juives dans la doctrine du droit des gens de l'Europe moderne : L'exemple du droit de la mer

Pour illustrer notre propos sur le recours par les maîtres du droit des gens à des sources hébraïques nous prendrons le cas du droit de la mer car il est amplement traité par les auteurs principaux de la discipline (Grotius, Selden, Pufendorf). Plus spécialement nous interrogerons nos auteurs (et à un moindre degré Gentili) sur une des questions essentielles sur laquelle ceux-ci s'opposent à savoir la liberté des mers et leur éventuelle appropriation. La mer est-elle un espace ouvert à la totalité de l'humanité, où chacun a la liberté d'accéder ou bien est-ce un espace sur lequel les Etats peuvent établir des droits similaires à ceux qui existent sur la terre ferme, droits de propriété (*dominium*) ou droit de souveraineté (*imperium*)[57]. Dans la discussion qui oppose les auteurs les plus fameux de cette époque, trouve-t-on des arguments qui font intervenir des éléments tirés de sources juives, bibliques ou rabbiniques ?

En examinant nos auteurs on peut reconstituer une argumentation qui s'est développée en trois temps. 1) Grotius soutient sa thèse de la liberté des mers, en ayant recours (dans le *De jure belli*) à une argumentation prenant comme point de départ le livre de la Genèse. 2) Selden lui répond en mobilisant tout à la fois des sources bibliques et des sources talmudiques. Il fonde sur celles-ci une bonne partie de son raisonnement en faveur de la possibilité des Etats à disposer de droits sur les espaces marins. 3) Pufendorf réfute les arguments de Selden et établit qu'aucun argument biblique ne vient contredire la thèse de la liberté des mers.

3.1. *La justification biblique de la thèse de Grotius : « en vertu du droit des gens, la navigation est libre de peuple à peuple »*

Grotius n'a pas été le premier à défendre le principe de la liberté de la mer, liberté de navigation et liberté du commerce. Gentili, dans ce domaine comme dans d'autres, l'avait précédé pour soutenir que la mer, tout comme l'air, était par sa nature ouverte à tous les hommes, que cette liberté était reconnue dans le droit justinien qui contient beaucoup, écrit-il, du droit naturel et du droit des gens[58]. Quant à l'attitude des Vénitiens qui se reconnaissent le droit d'interdire l'entrée et l'utilisation d'une partie de la mer qui leur est proche, elle est contraire au droit de la nature car « si la mer est ouverte à tous par nature elle ne doit certes

(1584-1654), juriste européen », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 3, Paris, Dalloz, 2012, 211-448.

57 Sur l'origine en droit romain de ces notions voir J. Gaudemet, « *Dominium-Imperium*. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits*, 22, 1995, 3-17 et les autres articles de ce numéro consacré aux notions de souveraineté et de propriété.

58 Gentili, *Les trois livres sur le droit de la guerre*, L. I ch. XIX, 180.

être fermées à personne »[59]. On remarquera que bien que Gentili fasse souvent référence à la Bible, il ne le fait pas ici se contentant de dire que la mer est ouverte à tous 'par nature' formule 'laïque' là où Grotius va parler d'une origine divine.

On ne trouve presque aucun renvoi à des textes hébraïques dans le célèbre opuscule de Grotius, le *Mare liberum*[60]. On sait que celui-ci n'était qu'un chapitre d'un ouvrage plus global portant sur le droit des prises, le *De jure praedae* qui, pour d'obscures raisons, ne fut pas publié par son auteur[61]. L'opuscule de Grotius se présente comme un mémoire d'avocat, et on peut penser que du fait du caractère 'professionnel' de la dissertation de Grotius, un texte devant servir à une plaidoirie en faveur d'un client, les références et les citations érudites sont très réduites par rapport à des ouvrages qui se veulent de doctrine. Quant à celles qui sont données, elles sont toutes prises soit dans la tradition littéraire gréco-latine antique, soit dans le droit romain soit dans les Pères de l'Eglise, presque sans référence à la Bible[62] ou à la tradition rabbinique.

Il en sera différemment dans le *De jure belli ac pacis*, œuvre à l'ambition doctrinale affirmée et qui devait lui assurer la gloire dans l'histoire du droit international. Dans son grand ouvrage, deux chapitres du Livre II intéressent le droit de la mer. Il s'agit du chapitre II : *Des choses qui appartiennent en commun aux hommes*, et du chapitre III : *De l'acquisition originaire des choses ; où il est traité de la mer et des rivières*. En fait, seul le chapitre II comporte des développements dans lesquels les sources bibliques ont une place affichée.

Dans ce chapitre II (Livre II) il s'agit de savoir, comme on le voit par la suite, si des choses qui ont été en commun à un moment donné de l'histoire de

---

59 Voir Gentili, *Les trois livres sur le droit de la guerre*, 181.

60 Voir l'édition bilingue latin-anglais des *Carnegie Classics of International Law*: Grotius, *The Freedom of the Seas*, New York, Oxford University Press, 1916. En français on dispose d'une traduction du XVII[ème] siècle et d'une du XIX[ème], c'est celle-ci que nous avons utilisée : *La Liberté des mers*, préface, notes et traduction de A. Guichon de Grandpont, Paris, Imprimerie royale, 1845. Signalons encore, dans la très bonne collection des Natural Law and Enlightenment Classics, Grotius, *The Free Sea*, Indianapolis, Liberty Fund, 2004 (avec une introduction de David Armitage).

61 Mais les raisons ne sont peut-être pas si obscures que cela. La thèse défendue par Karl Zemanek, que Grotius a été amené à changer complètement son argumentation dans les négociations avec les Anglais au cours des pouparlers de 1613 et 1615 sur le commerce des épices dans les Moluques, nous semble assez convaincante. Alors que Grotius, membre de la délégation des Pays-Bas, soutenait des opinions proches de celles qu'il avait rejetées en 1609, les négociateurs anglais lui opposèrent son texte du *Mare liberum* cité parfois *verbatim*. Voir K. Zemanek, « Was Hugo Grotius Really in Favour of the Freedom of the Seas ? », *Journal of the History of International Law*, 1999, 48-60, spec. 56-59. Pour le *De jure praedae* nous disposons maintenant d'une belle édition anglaise: H. Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, Indianapolis, Liberty Fund, 2006.

62 A deux ou trois exceptions près, comme le refus de passage innocent des Hébreux par le roi d'Edom (Nb XX, 14-21), et celui de Sihon roi des Amorrhéens (Nb XXI, 21-23) Voir Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, 188 (L II, ch. II para. XIII.2).

l'humanité peuvent par la suite être appropriées. Et naturellement la mer est une de ces choses. Pour répondre à cette question l'auteur retrace un schéma d'évolution du genre humain qui combine le récit biblique et celui des auteurs grecs et latins de l'Antiquité. Dans la Bible, il part de la Création du monde et du fait que « Dieu conféra au genre humain un droit général sur les choses de cette nature inférieure, et renouvela cette concession après la régénération du monde par le déluge »[63]. Et il donne les références classiques de *Genèse* I, 29-30 et IX, 2. Ce droit fut conféré aux hommes de façon indivise et fut suffisant pour l'humanité tant que celle-ci conservât une totale simplicité des mœurs ou « la pratique d'une mutuelle et parfaite charité », pratique qu'il attribue au Esséniens, aux « Pythagoriciens, qui sortirent des Esséniens »[64] ainsi qu'aux « premiers chrétiens qui ont vécu à Jérusalem »[65]. Grotius fait également appel pour asseoir cette vision de l'humanité première aux auteurs romains (Cicéron, Tacite, Macrobe, Virgile etc.), à l'apôtre Paul et à « l'explication des anciens Hébreux, confirmée par l'Apocalypse »[66].

S'agissant des 'anciens Hébreux' il fait référence à la Bible (*Proverbes* III, 18), à la *Sagesse de Salomon* et à *l'Ecclésiastique* (deux livres de l'Ancien testament dans le canon catholique) à Philon (*De mundo creato Apocaly*. XXII, 2) et à Flavius Josèphe. Par la suite il a recours à de nombreuses reprises à Philon d'Alexandrie dont on a déjà dit qu'il constituait une source considérable pour le monde intellectuel européen de cette époque.

L'évolution ultérieure de l'humanité, qui va rompre avec l'égalité commune et la non appropriation des choses, est ensuite décrite à l'aide des récits contenus dans la *Genèse* comme celui de la tour de Babel (*Genèse* X et XI) où se manifesta l'ambition des hommes qui après leur échec « se partagèrent entre eux diverses contrées, et les possédèrent pour eux-mêmes »[67]. Et Grotius de conclure : « Voilà ce que nous apprenons de l'histoire sainte ; c'est assez d'accord avec ce que les philosophes et les poètes – dont nous avons reproduit ailleurs les témoignages – nous ont dit de l'état primitif de communauté des biens et du partage qui l'a suivi (*Mare liberum*, ch.V) »[68].

Arrivé à ce point Grotius va montrer que cette sortie de la communauté universelle à dû se faire soit par une convention expresse, les peuples se divisant et s'appropriant des espaces, soit par convention tacite, i.e. par une occupation ancestrale non disputée. Mais, et c'est là le point stratégique pour un auteur qui plaide pour la liberté des mers, ceci n'est valable que pour les espaces terrestres,

---

63 Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, LII, ch. II para. I. 1, 179.

64 *Ibid.* et voir ci-desus note 4.

65 Et il ajoute : « et de nos jours aussi, bon nombre d'individus qui vivent de la vie ascétique », *ibid*.

66 Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, LII, ch. II para. I.2, 180.

67 Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, LII, ch. II para. II.3, 181.

68 *Ibid*. D'où l'on voit que les poètes ont autant de poids que les philosophes…

car s'agissant de la mer, « considérée soit dans sa totalité, soit dans ses parties principales, [elle] n'est pas susceptible d'appropriation »[69]. L'une des raisons en est que ce qui a poussé les hommes à se partager les terres vient du fait que ce qui est occupé par l'un ne peut l'être par l'autre et si celui-ci a des revendications que le premier rejette, il risque de se produire un conflit qui sera tranché par la force des armes. Autant alors reconnaître l'institution de la propriété où chacun connaît ce qui est à lui et ce qui est à l'autre[70]. Mais en revanche en ce qui concerne les mers la chose est totalement différente. « L'étendue de la mer est, en effet, telle qu'elle suffit à tous les peuples pour n'importe quel usage : pour y puiser de l'eau, pour la pêche, pour la navigation ». De ce point de vue la mer n'est pas à comparer avec la terre mais avec l'air[71]. L'usage par l'un n'exclut pas l'usage par l'autre. De sorte que les mers n'ont pas été divisées lors des grands premiers partages de l'humanité.

Grotius ajoute encore deux arguments pour exclure toute appropriation. Celle-ci, en dehors de tout partage consenti par des parties suppose une occupation qui à son tour n'est possible

> qu'en matière de choses bornées [mais] quant aux choses liquides qui, par elles-mêmes, ne sont pas susceptibles de limites – l'eau n'est pas circonscrite par des bornes propres, a dit Aristote [...] – elles ne peuvent être l'objet de l'occupation à moins d'être contenues dans une autre chose : tels sont les lacs et les étangs[72].

Une deuxième raison est que « lorsque les terres furent divisées, la plus grande partie de la mer n'était pas encore connue ; et par conséquent, il est impossible d'imaginer comment des nations si séparées les unes des autres, auraient pu convenir entre elles d'une semblable division »[73]. Grotius en conclut :

> les choses qui ont été communes à tous et qui n'ont pas été divisées lors du premier partage [comme le mer], ne peuvent plus devenir la propriété de personne par un partage, mais par le fait seul de l'occupation, et ne sont plus partagées qu'après être devenues propres[74].

A supposer cependant que quelques portions de la mer puissent devenir la propriété de quelque peuple[75], il en irait de la mer comme de la terre : tout étranger doit jouir d'un libre passage innocent pour des causes légitimes. La règle du passage innocent, plusieurs fois rappelée dans *Le Droit de la guerre et de la paix*

---

69 Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II, ch. II, para. III.1, 183.
70 Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II. ch. II para. II.5, 182.
71 Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II. ch. II para. III.1, 183. Gentili avait déjà fait la même comparaison en citant également Ovide, *Les trois livres sur le droit de la guerre*, 179.
72 Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II.ch. II para. III.2, 183.
73 Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II.ch. II para. III.2, 184.
74 Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II.ch. II para. III.3, 184.
75 Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II.ch. II para. XIII.1, 188.

(et auparavant dans le *Mare liberum*), prend comme premier point d'appui, chez tous les auteurs des XVI[ème]/XVII[ème] siècle, l'épisode biblique où Moïse demande aux Amorrhéens et aux Iduméens un libre passage sur leur territoire en restant strictement sur la voie royale et en indemnisant les particuliers qui pourraient subir des dommages[76]. Cette demande ayant été rejetée la guerre qui s'en suivit avec les Amorrhéens était légitime[77]. Par la suite la référence biblique au droit de passage innocent est complétée par des citations de Plutarque.

Grotius n'oubliant pas que l'un des enjeux principaux de la question maritime à son époque concerne le commerce maritime que les Néerlandais désirent, contre les Espagnols et Portugais, maintenir libre affirme que « Le [libre] passage [en mer] n'est pas dû seulement aux individus, il l'est encore aux marchandises. Car il n'est permis à personne d'empêcher une nation de faire le commerce avec n'importe quelle autre nation éloignée d'elle ». A l'appui de cette thèse, il donne une belle citation de Philon :

> Toutes les mers sont parcourues par des vaisseaux marchands, qui naviguent en sûreté pour exercer le commerce que les nations établissent entre elles, par ce désir naturel d'entretenir une société, et de faire en sorte que l'abondance des unes vienne au secours de la disette des autres[78].

Ce n'est qu'après, que Grotius se réfère pour une idée semblable à divers auteurs grecs et latins.

Le droit au libre passage, cependant, n'interdit pas à l'Etat dont le territoire est traversé d'imposer un droit de passage « pourvu que ce droit soit proportionné au sujet pour lequel on l'impose » car « [c]'est de là, en effet, que dépend la justice de l'impôt comme du tribut »[79]. Le premier exemple donné à l'appui de cette affirmation est celle du Roi Salomon percevant un droit de passage pour les chevaux qui traversaient l'isthme de Syrie (I Rois X, 29)[80].

On n'en a dit assez, pour montrer le recours ordinaire de Grotius aux sources bibliques. On ne trouve pas cependant, sur cette question des renvois à la tradition juive post biblique alors qu'elle est fréquente sur d'autres thèmes[81]. Selden,

---

[76] Voir Nombres XX, 14-21, XXI, 21-22, et Deut. II, 26-30.

[77] Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II.ch. II para. XIII.2, 188-189.

[78] Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II. ch. II para. XIII.5, 190, le texte cité de Philon est *Legatio ad Caium*.

[79] Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II. ch. II para. XIV.2, 191.

[80] Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L.II. ch. II para. XIV.2, 192. En se reportant au texte biblique on ne voit pas très bien comment Grotius justifie son interprétation. Selden consacre un chapitre à réfuter cet argument. Voir J. Selden, *Mare Clausum. Of the DOMINION, or Ownership of the SEA Two Books* (*1652*), The Lawbook exchange, Ltd, Clark, New Jersey, 2004, 123-126.

[81] On se reportera à l'index de l'édition de R. Tuck de Grotius, *The Rights of War and Peace*, Indianapolis, Liberty Fund, 2005, aux entrées : Jews and Judaism, Josephus, Maimonides, Mosaic Law, Philo Judaeus, Rabbinical Writings, Talmud.Voir aussi le très bon

au contraire, va combiner son interprétation de la Bible avec tout un éventail d'auteurs fameux de la tradition juive.

3.2. *Selden : « Que la Loi de Dieu ou les oracles divins de l'Ecriture sainte autorisent en réalité la propriété privée de la mer »*

La thèse de Grotius sur la *Liberté des mers* allait nécessairement entraîner des objections de la part d'auteurs défendant les intérêts des nations ayant des revendications à faire valoir sur les mers et désirant s'assurer une exclusivité commerciale. C'était le cas des Ibériques (Espagnols et Portugais réunis sous une même couronne de 1580 à 1640), dont la défense doctrinale fut assurée par le Portugais Serafim de Freitas, professeur à l'Université de Valladolid[82]. C'était le cas aussi de l'Angleterre qui de longue date revendiquait au moins le contrôle d'une portion des mers entourant son île. La défense des thèses anglaises allait être assurée par celui qui est communément décrit par ses concitoyens comme l'érudit le plus important de la nation et par Grotius lui-même comme « l'honneur de l'Angleterre »[83]. John Selden, puisque c'est de lui dont il s'agit, allait publier en 1635 son *MARE CLAUSUM seu De Dominio Maris*, traduit en 1652 en anglais sous le titre *Of the DOMINION, or Ownership of the SEA Two Books*[84].

---

article de Ph.S. Lachs, « Hugo Grotius' Use of Jewish Sources in the Law of War and Peace », *Renaissance Quarterly*, 1977, 181-200.

82 V. Serafim de Freitas, *De justo imperio Lusitanorum Asiatico*, 1625 (la même année que la publication du *De jure belli* de Grotius). Il existe une traduction française de l'ouvrage par le traducteur français de Grotius, A. Guichon de Grandpont : *Freitas contre Grotius sur la question de la liberté des mers : justification de la domination portugaise en Asie*, Paris, J.P. Aillaud, Guillard et Cie, 1882. L'ouvrage a fait l'objet d'une reprise, récente par Kessinger Publishing, 2010. Et voir M. Brito Vieira, « *Mare Liberum* vs *Mare Clausum*: Grotius, Freitas, and Selden's Debate on Dominion over the Seas », *Journal of the history of Ideas*, 2003, 361-377.

83 Voir Grotius, *Le Droit de la guerre et de la paix*, L. II. ch. II para. II.5, 182, note 2. Selden n'a pas été le premier britannique à faire la critique du *Mare liberum*. Il a été précédé par l'universitaire écossais William Welwod à la fois dans son ouvrage *An Abridgement of All Sea Lawes*, Londres 1613, 61-72 et dans son *De dominio maris*, Londres 1615. Ces références sont données par D. Armitage dans son introduction à l'édition des Natural Law and Enlightenment Classics, xxiii-xxiv (voir note 62). Cette édition donne le texte de Welwod du *Abridgement of All Sea Lawes*, et la réponse, inédite, de Grotius, 63-130. Le texte latin de Welwod est reproduit in Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, 640-643 et 388-397.

84 Le *Mare clausum* de Selden n'a pas été republié alors qu'il aurait eu une place légitime dans les *Carnegie Classics of International Law*. On dispose cependant du beau reprint de la traduction anglaise de 1652 de *Mare Clausum. Of the DOMINION, or Ownership of the SEA Two Books*, avec une introduction datant de l'époque par Marchamont Nedham, The Lawbook exchange, Ltd, Clark, New Jersey, 2004. Le livre sera cité sous la forme *Mare Clausum* (*1652*). Pour la compréhension générale de l'ouvrage Voir G.J. Toomer, *John Selden. A Life in Scholarship*, 388-437.

Ce qui nous intéresse ici n'est pas la discussion sur le fond entre ces deux auteurs[85] mais ce que cette discussion révèle d'imprégnation de sources juives, bibliques ou rabbiniques, dans leur argumentation. S'agissant de Selden on a déjà dit qu'il était l'érudit hébraïsant le plus important de son pays et l'un des plus grands, au jugement de ses contemporains, de l'Europe savante. Il publia de nombreux ouvrages juridiques et philosophiques dans lesquels il renouvelait l'étude de certaines questions en partant des bases fournies par le droit hébraïque. C'est le cas encore dans sa défense de la possibilité d'appropriation de la mer où le point de départ de sa démonstration est que cette possibilité est affirmée, selon lui, par les textes bibliques et la Loi de Dieu. Il poursuivra ensuite par les témoignages de l'antiquité grecque et latine puis par les coutumes des nations tant chrétiennes (en particulier les Italiens – Venise, Gênes, Toscane, l'Eglise de Rome – mais aussi Portugais, Espagnols, Français, Scandinaves etc…) que non chrétiennes (Turcs). Il conclut: « […] by the Customs of almost all and the more noble Nations that are known to us, such a Dominion of the Sea is every where admitted »[86].

En outre le second livre de *Mare clausum* est entièrement consacré aux actes de possession et aux revendications au cours des siècles des différents maîtres des îles britanniques (avant même l'occupation romaine…) prouvant, selon Selden, que la mer britannique (« the british sea » dans ses différentes parties) était considérée comme la propriété (*dominium*) des différents souverains des îles britanniques[87].

De ce point de vue, la démonstration de Selden qui ne s'appuie pas seulement sur la littérature ancienne et l'affirmation que telle ou telle règle est de droit naturel, mais aussi sur la pratique, ancienne et récente, des nations, résonne de façon plus moderne s'agissant de la détermination de l'existence d'une règle de droit des gens et de son contenu exact.

Les références bibliques, quant à elles sont nombreuses dès les premiers chapitres du *Mare clausum* mais on ne s'attardera ici que sur le chapitre VI qui est entièrement consacré à la démonstration de la thèse défendue par Selden à partir des sources bibliques et post bibliques de la tradition juive. Et en effet, écrit-il:

---

[85] Tout le Livre I de *Mare clausum* peut être lu comme une réfutation générale des thèses de Grotius mais en outre celui-ci fait l'objet dans le chapitre XXVI d'un développement spécial (171-179). Selden suggère que la prise de position de Grotius ne s'explique pas tant pour des raisons scientifiques que par la volonté de défendre les intérêts de son pays et de la Cie des Indes orientales. Ce qui naturellement est vrai mais tout aussi bien pour Selden lui-même et la position qu'il défend.

[86] Voir Selden, *Mare clausum* (*1652*), 42-43.

[87] Que toute l'argumentation de Grotius, Selden, Pufendorf, Freitas, tourne autour du *dominium* de la mer et non de *l'imperium* sur la mer est un point étonnant qui mériterait d'être éclairci.

« As to what concern's here the Law of God, wee finde very plain passages therein, which do not a little favor a Dominion of the Sea »[88].

Le point de départ, qui n'est pas éloigné de celui de Grotius, à première vue, est le don fait par Dieu aux hommes. Mais là où Grotius reste imprécis sur le type de droit conféré à l'humanité, Selden parle expressément d'une donation accordée par Dieu à Noé et à sa postérité.

> In that first and most antient Donation of things after the Flood, whereby God invested Noah and his posteritie, in the Dominion of the whole Earth (of which Globe the Seas themselves are a part) and the conterminous Aër…[89]

Par cette donation l'humanité reçoit le droit d'user et de tirer des bénéfices des choses en même temps qu'elle reçoit ces choses en propriété (*dominium*) au sens strictement juridique du terme. En outre la donation faite par Dieu après le déluge ne porte pas seulement sur la terre mais également sur la mer (et même sur l'air). Selden va défendre cette position capitale pour sa thèse, car elle doit détruire la position de Grotius soutenant, comme on l'a vu, que l'appropriation de la mer est impossible. Il produit pour ce faire un luxe de références bibliques et rabbiniques, visant à montrer que non seulement cette appropriation est possible mais qu'elle a été voulue par Dieu lui-même. Il montre tout d'abord, en citant plusieurs versets de la *Genèse*, que la Bible traite en même temps de la terre et de la mer et qu'il apparaît donc que :

> […] the Earth and Sea did so pass together at first, and after the same manner, into the common enjoinment of mankinde, that from this Donation or Grant of God, wee may well conclude; that their condition as being both but one Globe, must needs bee alike, at the pleasure of men, in the future distribution of Things, or the introducing of private Dominion therein. Neither is the Proprietie, nor the Communitie of either appointed but both seem equally permitted by the very form of Donation[90].

Il réfute, dans un deuxième temps, des arguments tirés de certains autres versets (Ps CXV, 16 et Ps XCV, 5, Ps XXIV, etc). Il leur oppose divers textes bibliques qu'il interprète comme montrant que ceux-ci reconnaissent que divers peuples de l'antiquité biblique exerçaient une domination sur certaines portions de mers. C'est le cas des Phéniciens jusqu'à Tyr, des Egyptiens dans la mer d'Alexandrie, des Tyriens, de Phéniciens et des Syriens sur une grande partie de la mer occidentale[91].

Il recourt au grand exégète juif Abraham Ibn Ezra (Andalousie, XII^{ème} siècle) qui confirmerait ses vues: « God Almightie assigned the Dominion of the Sea

---

88 Selden, *Mare clausum* (*1652*), 27.
89 *Ibid.*
90 Selden, *Mare clausum* (*1652*), 28.
91 Selden, *Mare clausum* (*1652*), 29-30.

there unto King David, *That hee might rule over those that sailed either through the Sea or the Rivers* »[92].

Puis il cite Esdras (L.I, ch. 4 ; L.II, ch. 7), et Esther X, 1 disant d'Assuerus « *That hee made not onely the land, but all the Isles of the sea to become tributarie* », ce qu'il interprète comme s'appliquant également à la mer elle-même et en veut pour preuve la version grecque d'Esther[93]. Sur cette base, et sur d'autres encore qu'il n'est pas nécessaire de citer ici, il soutient que l'identification de la mer à la terre est acceptée

> [...] both by the Jewish Lawyers and Divines, that they [the borders of the holy Land] would have either the great or *Phœnician* Sea itself, or at least som [sic] adjoyning part of it to bee assigned also by God unto the *Israelites* as Lords of it for ever[94].

Selden consacre une bonne partie du chapitre VI à la détermination de la frontière de la Terre sainte sur l'ouest (la mer Méditerranée). Il cite un grand nombre de versets bibliques et, lorsque le texte hébreu n'est pas assez net en faveur de sa thèse, il recourt à diverses traductions plus proches de ses idées. Il fait ainsi appel aux traductions grecque, espagnole araméenne (Onkelos, une version araméenne à statut presque canonique chez les juifs) et arabe. Il en appelle aux 'Jewish Commentaries' et en particulier à 'Salomon Jarchius' qui n'est autre que Rachi[95] (Troyes 1040-1105, le plus grand des commentateurs juifs de la Bible et du Talmud) et au 'Jewish Targum' (une traduction araméenne autre qu'Onkelos semble-t-il) et à d'autres encore.

Toujours pour la détermination des limites du pays d'Israël sur l'ouest, i.e. du côté de la Méditerranée, il utilise la discussion dans le Talmud quant à la catégorie des commandements qui ne s'appliquent que sur la terre d'Israël (par exemple les dîmes sur les récoltes agricoles, les années sabbatiques et les jubilés) et pour lesquels il faut déterminer les limites du pays d'Israël[96]. Selden prend comme texte de base une discussion que l'on trouve dans le Talmud de Babylone, au traité *Guittin* qui traite des divorces[97]. La question des limites du territoire d'Israël est importante, dans ce domaine également, pour savoir à partir de quel

---

92 Selden, *Mare clausum* (*1652*), 30. Selden ne donne pas de référence pour la citation d'ibn (Aben) Ezra qu'il produit.

93 Si le texte d'Esther X,1 peut à la rigueur être interprété dans le sens de Selden nous ne voyons pas comment les deux chapitres d'Esdras peuvent lui servir d'appui.

94 Selden, *Mare clausum* (*1652*), 32.

95 L'identification est confirmée par le Thésaurus du Consortium of European Research Libraries (CERL http://thesaurus.cerl.org/record/cnp01270510).

96 Voir S. Rosenne, « The Influence of judaism », 145 qui utilise cette même méthode pour délimiter la mer territoriale d'Israël selon le Talmud. Voir aussi *Encyclopedia Talmudica*, vol. 3, verbo « Erets Israël », Jérusalem, Talmudic Encyclopedia Institute, 1978, 15ss.

97 Selden cite à la fois le Talmud de Babylone, *Guittin* 8a (voir en français l'édition Steinsaltz du Talmud de Babylone, *Guitin*, Paris, Biblieurope, 2004, 55ss.) et le Talmud de Jérusalem *Cheviit* sur l'année sabbatique, ch. 6, fol. 36, col. 4, (voir en français, *Talmud de Jérusalem*, vol. II, trad. Maurice Schwab, Paris, Maisonneuve Larose, (sans date d'édition), 375ss).

moment une femme peut demander le divorce parce que son mari a abandonné la terre d'Israël.

Selden présente les deux thèses qui s'affrontent dans le Talmud. La première est celle de Rabbi Yehouda, un des grands sages (*tanaïm*) de la Michnah (2ème siècle) qui soutient une opinion pour le moins extrême. Il considère en interprétant le passage de Nombres XXXI, 6, « Pour la frontière occidentale, c'est la Grande Mer qui vous en tiendra lieu : telle sera pour vous la frontière occidentale » (Bible du rabbinat), comme signifiant que les îles de la mer qui se trouvent faire face à Israël jusqu'à la rencontre des rives de l'Europe[98] font partie du territoire d'Israël, pour ce qui est des commandements liés à la terre d'Israël et du droit à demander le divorce. Selden soutient que cette interprétation talmudique implique que la mer dans laquelle se trouvent ces îles comptées comme étant territoire d'Israël doit être considérée comme faisant partie elle-même de ce territoire.

La deuxième opinion, dont il nous dit qu'elle est « much more agreeable to reason », et qui est la règle acceptée[99], donne des délimitations bien plus étroites qui aboutissent à quelque chose proche de ce qu'on peut appeler une mer territoriale[100]. Mais dans ce cas comme dans l'autre Selden soutient que les différents textes qu'il cite longuement aboutissent tous à l'idée que la mer est susceptible d'appropriation. Et pour cela il convoque à peu près tout ce qui compte dans la tradition juive : la Bible dans ses différents livres (Pentateuque, Prophètes, Psaumes etc.), les deux *Talmuds* (de Babylonie et de Jérusalem) dans plusieurs de leurs traités (*Guittin*, *Terumoth*), les commentateurs bibliques (Solomon Jarchius/Rachi, ibn Ezra, Bechaï, Maïmonide, Moïse de Coucy (France XIIIème siècle, le 'Semag') qu'il appelle Cotzenfis, Rabbenu Nissim (Gérone, XIVème siècle), Obadia de Bertinoro (le commentateur classique de la *Michnah*, Italie XV/XVIème siècle) et R. 'Jom Tob' (Yom Tov)[101].

Tous ces noms sont sans doute inconnus de la culture générale mais sont tous des grands noms de la tradition juive et les voir cités par un auteur chrétien du XVIIème siècle à l'appui d'une thèse sur le statut de la mer en droit des gens est impressionnant. Et c'est seulement après avoir traité la question dans le cadre de la tradition juive que Selden aborde, à partir du chapitre VII de son ouvrage, la littérature grecque et latine pour montrer que la thèse de l'appropriation privée

---

98 *Encyclopedia Talmudica*, verbo « Erets Israël », 15, 2ème colonne. Selden cite deux commentateurs juifs réputés du Moyen-Âge : Ibn Ezra (déjà rencontrés) et R. Bechaï (sans doute R. Bachya ben Asher, Saragosse, XIVème siècle) qui tous deux soutiendraient que l'expression 'la grande mer' dans le texte biblique signifie la mer jusqu'aux côtes espagnoles (noter une coquille pour l'hébreu 'haSefarari' au lieu de haSefaradi).

99 Voir *Encyclopedia Talmudica*, vol. 3, verbo « Erets Israël », 15, 2ème colonne, qui précise que la *halakha* suit les opposants de R. Yehouda.

100 Voir Selden, *Mare clausum* (*1652*), 38-41. Et l'article de *l'Encyclopedia talmudica*, 15.

101 Qui est, soit R. Yom Tov ben Abraham Ishbili (Ritva), fameux talmudiste espagnol du XIIIème siècle ou (ce serait tout à fait remarquable s'agissant d'un contemporain) R. Yom Tov Lipman Heller, Bohême, 1578-1654, un des grands commentateurs de la Michnah. Voir Selden, *Mare clausum* (*1652*), 40.

de la mer « is to be derived out the Customs and Constitutions of the more civilized and more noble Nations, both antient and modern »[102].

On ne retrouvera pas, après Selden, une semblable appétence pour les sources juives alliée à une connaissance remarquable de leur contenu. Cependant Pufendorf témoigne encore d'un usage important des sources bibliques, en particulier pour s'opposer aux analyses de Selden (et à moindre degré de Grotius).

3.3 *Pufendorf : Aux hommes de choisir le régime de la mer*

La Bible est une référence constante dans le grand ouvrage de Pufendorf *Le droit de la nature et des gens*[103] (près de quatre colonnes de références serrées dans l'index de l'ouvrage dans l'édition des *Carnegie classics of international law*). Elles sont particulièrement importantes pour tout ce qui concerne les grandes institutions du droit : le droit matrimonial (mariage et divorce, liens incestueux), la responsabilité civile, la réparation des dommages causés, le vol et sa sanction, la validité des contrats, le droit de succession, les règles s'appliquant en matière de témoignage, le mécanisme du talion et des représailles, l'acquisition de biens par occupation, la puissance paternelle etc. Sur toutes ces questions, et sur d'autres encore, Pufendorf réserve une place pour la prise en compte du droit biblique, soit dans une interprétation qui lui est propre soit en rapport avec ce qu'en dit Philon d'Alexandrie (très présent dans l'ouvrage), ou en rapport avec ce qu'en dit Grotius ou Selden dont le *De jure naturali* est lui aussi fréquemment cité. Dans ce cas c'est souvent une façon pour Pufendorf d'intégrer ce que dit le droit hébraïque post biblique dont il n'a pas une connaissance directe. C'est ainsi qu'il cite par deux fois Maïmonide, une fois en se référant expressément à Selden et une fois, sans le citer mais il s'agit dans les deux cas du chapitre sur le mariage et il est probable que le renseignement vient du livre de Selden, *Uxor Hebraica*[104]. De même encore, il semble qu'il ne cite qu'une fois le Talmud, le traité *Baba Kama*[105] qui porte sur les questions de responsabilité, livre qu'il connaît et cite

---

[102] Voir la discussion directe de l'argumentation de Grotius par Selden, *Mare Clausum* (*1652*), 171ss.

[103] Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*. Nos références seront tirées de cette édition sauf quand nous préciserons que nous citons l'édition publiée par la Dotation Carnegie : S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, Carnegie Classics of International Law, Oxford at the Clarendon Press, 1934.

[104] La première référence se trouve dans l'édition Carnegie de l'ouvrage : Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, vol. II, L.VI, I, para. 4, 843. Le passage ne se retrouve pas dans l'édition et la traduction française de Barbeyrac. Cela s'explique sans doute par le fait que cette traduction transcrit l'édition de Bâle de 1732 alors que l'édition des Carnegie Classics repose sur une édition de 1688. La deuxième référence est L.VI, ch. I, para. 24, vol. II, 175 (éd. Barbeyrac) et 885 (éd. Carnegie).

[105] La référence est donnée dans l'édition Carnegie du *De jure naturae et gentium*, L.III, I para. 8, 324-325 mais pas dans l'édition Barbeyrac en français.

dans la traduction latine de Constantijn L'Empereur, célèbre hébraisant néerlandais et son contemporain un peu plus jeune (pages 324-325)[106].

La question du droit exercé par les hommes sur la mer est traitée par Pufendorf dans le chapitre V du Livre IV de son *De jure naturae et gentium libri octo* mais repose en grande partie sur les bases posées dans le chapitre IV *De l'origine de la propriété des biens.* En effet pour savoir si l'espace marin est susceptible d'appropriation Pufendorf construit son argumentation en partant, comme Grotius et Selden, d'un droit conféré par Dieu à Adam et à ses descendants. De ce point de vue l'influence du texte biblique est aussi forte chez Pufendorf que chez Grotius et Selden même si les références rabbiniques sont devenues rares. Toute la discussion menée par Pufendorf tourne autour de la signification du droit accordé lors de la Création par Dieu à Adam puis du transfert de ce droit aux enfants d'Adam et de ceux-ci à leurs descendants[107]. La discussion est longue et complexe et on ne peut en donner que le sens le plus général.

Pufendorf ne nie pas, tout d'abord, qu'il y a eu un don divin et qu'il a porté à la fois sur les espaces terrestres et maritimes :

> Quoi qu'il en soit, il est clair que, quand Dieu permit à l'Homme de dominer sur la Terre, il lui donna aussi droit de dominer sur la Mer. En même temps qu'il dit, Dominez sur les Oiseaux du Ciel, & sur toutes les bêtes qui se meuvent sur la Terre ; il dit aussi : Dominez sur les Poissons de la Mer. Or cet empire de l'Homme sur les Animaux suppose nécessairement un droit de s'emparer de l'Elément où ils habitent, autant que la nature des choses le permet[108].

Pufendorf, cependant, interprète la donation divine de façon différente de celle de ses prédécesseurs. Certes Adam a bien reçu un *dominium* sur les choses de ce monde et en principe le *dominium* n'est rien d'autre qu'une propriété[109]. Mais

---

[106] Sur Constantijn l'Empereur V.P.T. van Rooden, *Theology, Biblical Scholarship and Rabbinical Studies in the Seventeenth Century: Constantijn L' Empereur* (*1591-1648*), Leyde, Brill, 1989. Curieusement il n'y a dans les deux excellents index de l'édition anglaise du *De jure naturae et gentium* (*Carnegie Classics*) aucune entrée ni Talmud, ni *Baba Kama* ni Constantijn l'Empereur. Dans l'entrée Injury (qui est le problème traité dans la référence faite au traité *Baba Kama*), il y a dix-sept références mais pas celle correspondant à la citation de *Baba Kama*. Cette remarque vaut aussi pour l'édition Barbeyrac. Voir Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, éd. Barbeyrac, vol. 1, L.IV, ch. V, 512 et 514ss. En commençant à traiter la qustion du droit de propriété sur la mer, Pufendorf donne cet avertissement : « Dans cette fameuse dispute, qui a été poussée avec tant de chaleur par de grands Esprits de notre siècle, on a pu remarquer que plusieurs ont agi en vue de soutenir les intérêts de leur Patrie, plutôt que de trouver & de défendre la Vérité », Pufendorf, *Le Droit de la Nature et des gens*, éd Barbeyrac, vol. 1 L.IV ch. V para. 5, 514.

[107] Voir toute la discussion à partir de l'Histoire sainte, Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, (éd. Barbeyrac), L.I, ch. IV para. 11 et 12, 505-508.

[108] Pufendorf, Le Droit de la nature et des gens, L.I, ch. V, para. 5, 514.

[109] Pufendorf parle de 'Domaine ou Propriété' et précise : « Pour le domaine ou la propriété (car nous n'attachons à ces deux termes qu'une seule et même idée), c'est un

ce n'était pas le cas vis-à-vis d'Adam. Celui-ci avait bien la possibilité de prendre toute chose et d'en faire ce qu'il voulait mais cette possibilité ne découlait pas d'un droit de propriété, au sens strict du terme, qu'il avait sur toute chose mais du simple fait qu'il était seul et que personne ne pouvait réclamer un droit sur les choses dont il se saisissait. Par conséquent, écrit Pufendorf:

> Ainsi le droit de ce premier Homme sur les biens de la Terre était fort différent de la Propriété, telle qu'on la voit aujourd'hui établie, & il peut être appelé une ombre de la Propriété ou une faculté de posséder en propre, plutôt qu'une Propriété véritable & actuelle. Il donnait bien à Adam un plein pouvoir de disposer de son bien. Mais comme il n'y avait encore personne, par rapport à qui il produisit cet effet, ce n'était pas au fond une Propriété ainsi nommée à juste titre : pour la rendre telle, il fallait que d'autres Hommes vinssent au monde[110].

Ainsi, à partir du don que Dieu a fait à Adam il n'est pas possible de déduire la propriété que les hommes peuvent exercer sur les choses et les espaces car « la Propriété suppose nécessairement un acte humain, & quelque Convention ou expresse, ou tacite »[111]. Dieu a bien donné un droit général aux hommes pour se saisir des choses de la nature mais la façon dont cette saisine est effectuée, ses modalités et ses limites sont définies par les hommes eux-mêmes. « Dieu n'a point prescrit une certaine manière de posséder les Biens du Monde, à laquelle tous les Hommes soient tenus de se conformer : ce sont les Hommes eux-mêms [sic] qui ont réglé cela, selon que le repos & l'avantage de la Société le demandait [...] »[112]. De là il conclut que « le Droit Naturel autorise toutes les Conventions faites là-dessus entre les Hommes, à moins qu'elles ne renferment quelque chose de contradictoire, ou d'incompatible avec le repos de la Société. D'où je conclus, que la Propriété des Biens tire immédiatement son origine des Conventions Humaines ou expresses, ou tacite »[113].

Toute la belle démonstration de Selden concernant, Adam, Noé, ses fils et leurs descendants n'a donc aucune valeur. De même que n'ont pas de valeur les discussions pour savoir si Dieu a donné au premier couple la propriété de toute chose en tant qu'il personnifiait toute la race humaine ou si chaque personne du couple détenait cette propriété à titre individuel ou encore si les choses ont été créées pour être appropriées par les individus ou pour être détenues en communauté car ce n'est pas « en vertu d'un commandement exprès de Dieu que les Choses sont ou Propres, ou Communes »[114].

On peut percevoir qu'en procédant de la sorte, Pufendorf acquiert la liberté pour traiter de la question de la propriété des mers, ce qu'il va faire dans le

---

droit etc... », Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. IV, para. 2, 490-491.

110 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. IV para. 3, 494.

111 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. IV para. 4, 494.

112 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. IV para. 4, 495.

113 *Ibid*.

114 *Ibid*.

chapitre V du Livre IV[115], sans être contraint par des considérations religieuses préemptant la solution qu'il souhaite donner au problème. Ce qui ne signifie pas qu'il se libère totalement de ces considérations. Il examine très longuement la question de l'origine de la propriété selon l'Ecriture sainte[116] et le problème de la contradiction apparente entre le don fait par Dieu à l'humanité tout entière et l'état de division extrême de cette nature telle qu'elle sera établie par la suite.

C'est dans le chapitre V consacré à *Des choses qui peuvent entrer en propriété* que Pufendorf étudie la question de la propriété de la mer et rappelle « la fameuse dispute, qui a été poussée avec tant de chaleur par de grands Esprits de notre siècle »[117]. Il adopte une position qui n'est exactement ni celle de Grotius ni celle de Selden. Tout comme celui-ci il affirme que le don que Dieu a accordé aux hommes leur accorde un droit d'exercer une domination (aussi bien sur la terre que sur la mer)[118] mais que ce don n'était pas tel qu'il établissait immédiatement un statut juridique unique de la mer au bénéfice des hommes :

> Cependant, comme la permission divine ne constitue pas immédiatement par elle-même un droit de Propriété valable par rapport à autrui ; il a été libre aux Hommes ou de faire passer en propriété de la Mer, aussi bien que la plupart des Terres, ou de la laisser dans l'état primitif de communauté, en sorte qu'elle n'appartint pas plus à l'un qu'à l'autre[119].

Dans la suite du chapitre Pufendorf examine de façon purement 'laïque', sans aucune autre référence à des sources religieuses, la question de savoir « si l'on trouve dans la naure même de la Mer quelque chose qui empêche quelle puisse entrer en propriété »[120]. Il va réfuter certains des arguments qui ont été présentés dans ce sens. C'est ainsi qu'il rejette l'idée d'une impossibilité physique de maîtriser la mer qui étant un élément fluide ne pourrait être contrôlée (c'est un des arguments de Grotius)[121]. Les rivières aussi sont des fluides et peuvent pourtant être maîtrisées. D'autre part un Etat peut contrôler une portion de mer étroite (une baie, un détroit) qui est sous le feu de ses canons de sorte que :

---

115 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. V para. 5ss, 514-521.

116 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, IV para. 12, 507-508.

117 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. V para. 5, 514.

118 « Quand Dieu permit à l'Homme de dominer sur la Terre, il lui donna aussi droit de dominer sur la Mer », *ibid.*

119 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. V para. 5, 515.

120 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. V para. 6, 515.

121 Voir Grotius, *La liberté des mers*, 38, où Grotius cite Cicéron « Ne privez personne de l'eau qui court », Ovide qui exclut de la maîtrise le soleil, l'air et « l'onde qui murmure », Virgile « l'air, la mer, le rivage sont ouverts à tout le monde » et conclut « l'élément des mers est commun à tous, et disposé merveilleusement pour l'usage de tous » ou encore « la mer semble répugner à la possession », 40. Selden avait déjà lui aussi critiqué cet argument Voir Selden, *Mare Clausum* (*1652*), 4ss.

> les parties de la Mer qui tiennent lieu de rempart à un Païs & qui en son [sic] par conséquent comme une dépendance nécessaire, ont commencé d'appartenir en propre. [...] au Souverain du Païs dont elles baignent les côtes[122].

Il accepte donc l'argument selon lequel un Etat a le droit de revendiquer un espace aux abords de ses côtes de façon à assurer une protection contre une attaque venant du large[123].

Il examine ensuite l'argument tiré de la protection des ressources halieutiques invoquée par certains Etats (dont l'Angleterre) pour s'approprier et se réserver des espaces maritimes baignant leurs côtes. Il accepte l'idée qu'il peut être nécessaire de limiter les activités de pêche pour protéger les ressources et qu'un Etat côtier est tout à fait dans son rôle de le faire[124]. Il en conclut que : « Un Peuple peut donc avoir de bonnes raisons de s'approprier une certaine partie de la Mer, en sorte que tous les autres lui doivent quelque reconnaissance de ce qu'il leur en permet l'usage »[125].

Cela signifie-t-il pour autant que les hommes peuvent s'approprier d'immenses espaces océaniques ? « Mais que dirons-nous de l'Océan qui environnent les grands Continents de l'Europe, de l'Asie, de l'Amérique, de la Terre Australe, & des Terres inconnues ? »[126].

C'était là au XVI^{ème} et XVII^{ème} siècle, comme on le sait, la prétention des Espagnols et des Portugais. A cette 'ambition démesurée'[127] et à ces 'sottes prétentions'. Pufendorf oppose un argument de fait : quel Etat pourrait disposer d'une flotte de guerre suffisante pour assurer le contrôle des espaces inter-océaniques et pour quel profit ? Mais si malgré tout des Etats se lançaient dans une telle folle opération consistant à essayer de se réserver des portions immenses des grands océans? Pufendorf revient alors aux présupposés théologiques qui sont les siens et qui découlent du texte biblique :

> Supposons pourtant qu'un Prince poussé par une ambition démesurée ou par une avidité insatiable de richesses, se donne le titre superbe de Maître de l'Océan [...] Je dirai là-dessus, qu'à la vérité il est permis aux Hommes de s'emparer des choses qui n'appartiennent à personne & de se les approprier, mais ils doivent se souvenir en même tems, que Dieu a donné le Monde à tout le Genre Humain, & que les Hommes sont naturellement égaux[128].

Après avoir rejeté l'idée qu'un pacte tacite entre les premiers humains qui se sont partagés la terre ait pu avoir comme conséquence cette 'ambition démesurée' il conclut : « De là il paraît qu'une navigation paisible de l'Océan est permise à tout

---

122 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. V para. 8, 518.
123 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. V para. 7, 516.
124 *Ibid.*
125 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. V para. 8, 517.
126 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. V para. 9, 518-519.
127 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. V para. 9, 519.
128 *Ibid.*

le monde, puis que ces vastes mers n'appartiennent à personne ; & qu'elle devrait même être libre par la simple Loi de l'Humanité »[129].

Même si dans sa discussion des thèses opposées (en particulier celles de Grotius et Selden) Pufendorf a recours, et de façon importante à la littérature, la philosophie la théologie et au droit romain, le sous-bassement théologico-biblique de sa position est indéniable (même si sa lecture biblique dépend d'une prise de position préalable plus qu'elle ne découle de l'interprétation du texte mais en cela il n'est pas le seul).

4. Conclusion

A titre de conclusion nous voudrions faire deux remarques l'une pour écarter tout malentendu, l'autre pour en appeler à une vision plus large du sujet.

En recherchant les références hébraïques (bibliques et post bibliques) dans les œuvres des maîtres de l'école du droit de la nature et des gens, il ne s'agissait pas de prétendre que ces références étaient la preuve d'une influence déterminante des sources hébraïques dans la pensée de Gentili, Grotius, Pufendorf ou Selden (encore que pour celui-ci une telle affirmation serait peut-être possible). Il va absolument de soi que le monde gréco-latin, dans ses juristes, philosophes, historiens, poètes, occupe la première place dans la *weltanschauung* de ces auteurs, sans parler de la tradition chrétienne.

Il n'en reste pas moins vrai que dans leur univers intellectuel, parmi les sources qui les ont conduits à penser de la façon dont ils ont pensé[130], il y a des sources hébraïques, généralement ignorés, qu'il faut prendre en compte pour avoir une meilleure connaissance d'auteurs qui ont joué un rôle déterminant dans l'évolution intellectuelle de l'Europe moderne.

D'autre part, si on réfléchit du point de vue de l'histoire des cultures et des civilisations et, plus particulièrement, si on pense aux rencontres fondatrices de l'Occident entre Jérusalem, Athènes et Rome, on peut noter que ce qui s'est passé au XVI^{ème}/XVII^{ème} siècle en Europe constitue la troisième de ces rencontres. La première a eu lieu à Alexandrie, dans le monde hellènistique, rencontre dont la figure la plus représentative est Philon d'Alexandrie, et nous avons dit toute l'importance qu'il avait eu pour les auteurs étudiés ici. La deuxième a eu lieu dans l'espace méditerranéen où a fleuri la philosophie gréco-arabe, Cordoue, Le Caire mais aussi le Languedoc-Roussillon[131], et dont la figure dominante est, évidem-

---

129 Pufendorf, *Le Droit de la nature et des gens*, L.IV, ch. V para. 10, 520.

130 Voir la remarque d'Alexandre Koyré reprise par P. Haggenmacher que pour comprendre un auteur on doit connaître, parmi ses contemporains, « l'ensemble de ceux dont il lit les œuvres, dont la pensée agit sur la sienne », Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, x.

131 Sur l'importance remarquable et méconnue de cette aire de la pensée juive et philosophique entre le XII^{ème} et le XV^{ème} siècle, V. Gregg Stern, *Philosophy and Rabbinic Culture.*

ment, Maïmonide. L'importance de celui-ci pour tous les chrétiens hébraïsants et les 'intellectuels' en général est telle qu'on a pu écrire qu'il a été l'un des « héros intellectuels du grand siècle »[132].

Dans les deux premières rencontres, c'est Jérusalem qui s'est mise à l'école d'Athènes. Au XVI^{ème}/XVII^{ème} c'est le monde de la pensée européenne dans sa dimension athénienne (la philosophie) et romaine (le droit) qui a cherché à prendre en compte et, parfois, à intégrer, l'héritage de Jérusalem.

Tout cela n'a duré qu'un temps très bref dans l'histoire. Dès la fin du XVII^{ème} siècle la progression de l'esprit critique et du scepticisme se fit sentir rapidement sur cet univers intellectuel que le travail énorme des chrétiens hébraïsants avait construit et offert à l'Europe. A. Sutcliffe note que : « *In the decades around 1700, rabbinic scholarship was widely caricatured as the quintessence of useless learning* »[133]. On peut dire en outre pour tous ces auteurs (et en particulier Selden), ce qu'on a dit pour Pufendorf : « [il] compte au nombre de ces auteurs qui moururent en même temps que la langue dont ils usaient, la distance entre eux et les générations postérieures s'accroissant de celle du langage »[134].

Nous sommes peut-être à l'heure actuelle dans une époque nouvelle. Les travaux sur les philosophes et juristes dans l'Europe du XVII^{ème} siècle fleurissent, les travaux sur la penséé juive ainsi que les traductions de l'hébreu ou de l'araméen connaissent un épanouissement extraordinaire. Peut-on espérer une nouvelle rencontre entre les trois capitales culturelles et historiques de la Méditerranée ?

(A Pierre-Marie Dupuy, homme de la Méditerranée)

Jewish Interpretation and Controversy ln Medieval Languedoc, Routledge, Londres et New York, 2010.

132 G. Stroumsa, « John Selden et les origines de l'orientalisme », in « John Selden (1584-1654), juriste européen », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 3, 319.

133 A. Sutcliffe, *Judaism and Enlightenment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 32.

134 P. Laurent, *Pufendorf et la loi naturelle*, Paris, Vrin, 1982, 63.

CHAPITRE ONZE

LE RÔLE DU JUGE INTERNATIONAL ET DU JUGE NATIONAL ET LA COUTUME INTERNATIONALE

Andrea Gattini*

A l'occasion de sa contribution aux mélanges offerts à l'un des plus grands juristes latino-américains, avec l'élégance qui lui est propre et un clin d'œil auto-ironique, le dédicataire de ces pages avait plaisanté sur les auteurs « assez aventureux » qui, dans les mélanges, « s'efforcent en vain de sonder les arcanes secrètes » de la coutume internationale, une « sorte de sphinx du droit international »[1]. Auto-ironie d'autant plus maline, que tout le monde se rappelait bien l'ouvrage magistral du dédicataire qui, quelques années auparavant, avait retracé les différentes techniques utilisées par le juge international pour apprécier la coutume et les principes généraux de droit[2]. Aujourd'hui, après vingt ans, il n'y a presque rien à ajouter. Alors que l'actualité du droit international est devenue de plus en plus la petite monnaie de la recherche, dès qu'elle est entièrement saisie par le « dialogue trans-judiciel » et la « fertilisation mutuelle » entre les juges de différents pays[3], il me soit permis de m'aventurer dans la comparaison du rôle du juge international et du juge interne quant à l'établissement du droit international coutumier.

* Professeur de Droit international, Université de Padoue.

1 P.-M. Dupuy, « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », in *Le droit international dans un monde en mutation : liber amicorum en hommage au professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura Universitaria, 1994, 51.

2 P.-M. Dupuy, « Le juge et la règle générale », *Revue générale de droit international public*, 93, 1989, 569ss.

3 Après les écrits de A. Slaughter, « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, 44, 2003, 191ss., on ne compte plus les études dédiés à ce sujet. V., par exemple, F. Fontanelli, G. Martinico, P. Carrozza (eds.), *Shaping Rule of Law through Dialogue. International and Supranational Experiences*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010.

1. Le juge international

1.1. *L'autorité de la Cour internationale de justice*

Il n'y a pas besoin de revenir sur le rôle incontournable que le juge international joue dans la vérification du droit international coutumier. Ceci est tout à fait évident lorsque la jurisprudence internationale était relativement éparse et concentrée quasi exclusivement dans les mains de la Cour permanente de justice internationale et de son successeur la Cour internationale de justice (CIJ). D'ailleurs cette constatation demeure vraie aussi aujourd'hui dans un système international caractérisé par une fonction judiciaire, qui tend de plus en plus à se banaliser.

En prenant en considération la jurisprudence de la Cour internationale de justice, on est confronté à un paradoxe apparent. D'un côté, il n'y a pas eu un seul cas dans l'histoire de la Cour, dans lequel elle ait donné gain de cause à un Etat, qui avait appuyé sa requête ou sa défense sur la prétendue évolution d'une règle coutumière. La Cour a toujours nié que l'Etat en question avait réussi à donner la preuve d'une pratique et d'une *opinio* suffisamment répandues[4]. Donc, on pourrait en tirer la conclusion que la Cour est particulièrement attachée à une conception traditionnelle et stricte de la coutume. D'un autre côté, personne ne doute que, au fil des décennies, la Cour ait joué un rôle décisif dans le développement du droit coutumier. L'influence de ses arrêts et de ses avis consultatifs sur l'œuvre de codification du droit coutumier par la Commission de droit international est bien connue[5]. Comment expliquer cet état de choses assez bizarre ?

La réponse réside bien évidemment dans la politique judiciaire de la Cour, dont elle détient la maîtrise absolue. Trois moyens sont utilisés par la Cour internationale pour renforcer son rôle de 'faiseur' du droit coutumier.

En premier lieu, il y a l'attention que la Cour attribue à ses précédents. La CIJ, comme déjà la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), a su contourner les limites que l'article 59 du Statut lui impose en matière de l'effet de la *res judicata* de ses décisions, basculant entre la référence à ses précédents et les affirmations de principe[6]. La méthode la plus suivie par la Cour consiste à rappeler sa « jurisprudence constante » sur le plan le plus général possible et dans

---

[4] V.K. Zemanek, « Codification of International Law : Salvation or Dead End? », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. 1, Milan, Giuffré, 1994, 584. La jurisprudence de la Cour n'a pas changé : v. la récente décision du 3 février 2012 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie, Grèce intervenant)*, arrêt, CIJ Recueil 2012.

[5] Voir G. Guillaume, « Le juge international et la codification », in Société française pour le droit international, Colloque de Aix-en-Provence, *La codification du droit international*, Paris, Pedone 1999, 301ss.

[6] V.R. Jennings, « The Judiciary, International and National and the Development of International Law », *International Law Reports*, 100, 1996, xiv.

les contextes les plus variés. Bien entendu, cela n'empêche pas la Cour de réviser de temps en temps sa jurisprudence antérieure, sur démarche des parties ou *ex officio*, comme l'évolution de sa jurisprudence en matière de délimitation maritime le démontre bien[7].

Le deuxième moyen a été l'emploi des *obiter dicta* pour promouvoir d'une façon discrète l'affirmation voir la naissance d'un concept d'ordre général[8]. Ce faisant, la Cour parie sur le futur plus qu'elle ne bâtie sur le passé. Par exemple, le concept d'obligation *erga omnes* est tombé comme une météorite en 1970 dans une affaire de protection diplomatique des sociétés commerciales, qui, s'en tenant aux plaidoiries des Etats, ne laissait pas présager une telle révolution. Il ne faut pourtant pas confondre le succès doctrinaire de ce concept avec sa pauvre réussite dans la pratique. L'incessant soutien doctrinaire du concept 'd'obligation *erga omnes*', consacré dans l'article 48 du projet de la Commission de Droit International (CDI) sur la responsabilité internationale des Etats, est néanmoins compensé par son hésitante mise en œuvre de la part des Etats. En plus, la Cour elle-même a dû refroidir l'enthousiasme et les atteintes de la doctrine, en soulignant que le concept n'empiète pas sur les questions concernant sa juridiction[9]. Ainsi, dans la jurisprudence contentieuse de la Cour, l'obligation *erga omnes* n'est pas encore sortie de son enfance gracile, ce qui ne cesse d'inquiéter les juges les plus soucieux, qui cherchent partout à lui prêter de la force, même au risque d'en faire trop[10].

---

[7] V.G. Guillaume, « The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators », *Journal of International Dispute Settlement*, 2, 2011, 11.

[8] A. Oraison, « Réflexions générales sur la nature des *obiter dicta* enchâssés dans les décisions de justice rendues par la Cour internationale de justice », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 81, 2003, 221ss.

[9] CIJ, *Affaire du Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, 30 juin 1995, CIJ Recueil 1995.

[10] On se réfère, par exemple, à l'opinion individuelle du Juge Simma dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, par laquelle il a critiqué sévèrement la décision de la Cour d'écarter la demande reconventionnelle de l'Ouganda pour carence de légitimation à agir. En effet, l'objet de cette demande concernait les mauvais traitements infligés à des individus par des soldats congolais à l'aéroport de Kinshasa au début du conflit en août 1998, mais l'Ouganda n'avait pas réussi à démontrer la nationalité ougandaise de ces personnes. S'agissant d'après le juge Simma d'une question de principe, vu que la protection de la population civile dans un conflit armé est une obligation *erga omnes*, il a reproché à la Cour de ne pas avoir voulu qualifier comme agression l'intervention armée ougandaise, qui bien évidemment était la source de la guerre civile. Or, le juge Simma ne semble pas s'apercevoir que le manque d'intérêt de la Cour à l'égard des obligations *erga omnes* dans cette affaire est moins assourdissant que le silence des Etats. En effet, aucun Etat n'a songé à saisir la Cour pour la violation d'une obligation *erga omnes* à l'égard de ce conflit, preuve que ce concept est loin d'attirer la considération indispensable pour le considérer comme une véritable norme de droit international coutumier, v. *Activités armées sur le territoire du*

Pour que les *obiter dicta* puissent développer le droit coutumier, il faut aussi qu'elles aient un contenu normatif suffisamment clair et contraignant. Quand la Cour se borne à une affirmation par trop générale et vague, elle rate son but, et elle risque de donner l'impression de vouloir plutôt nier un durcissement normatif.

Ceci est évidemment le cas du *dictum* de la Cour exprimé dans le récent arrêt *Usines de pâte à papier* et relatif à l'existence d'une norme coutumière portant une obligation d'évaluation de l'impact sur l'environnement. Les parties ne disputaient pas l'existence d'une telle obligation puisque l'article 41 du Statut du fleuve Uruguay, négocié en 1975 entre les deux Etats riverains, prévoit une telle obligation d'évaluation pour tous les cas des projets dangereux pour l'environnement fluvial. A l'inverse, les parties soutenaient des thèses divergentes quant à la finalité de l'évaluation, à son but et à la participation au processus administratif des populations riveraines susceptibles d'être affectées par la réalisation du projet. La constatation de la Cour sur la nature coutumière de l'obligation d'étude d'impact sur l'environnement (EIE)[11] est, par conséquent, tout à fait pléonastique.

Bien que le *dictum* de la Cour puisse être interprété comme un devoir de procéder à une EIE dans tous les projets ayant un impact transfrontalier, il faut toutefois se demander quelles sont les conséquences pratiques d'une telle constatation, qui n'a pas été assortie de règles procédurales. En effet, la Cour nie que le droit coutumier impose aux Etats des obligations particulières en la matière, sauf celle de surveiller la compatibilité écologique du projet pendant toute la durée de sa mise en œuvre. En particulier, elle nie l'existence d'une obligation de consulter les populations concernées, tout en appréciant pourtant que, dans le cas d'espèce, elles avaient effectivement été consultées[12]. D'après l'Argentine, il existerait tout un ensemble de normes coutumières procédurales, exprimées dans la Convention d'Espoo de 1991 sur l'évaluation d'impact sur l'environnement

---

Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, 19 déc. 2005, Opinion Individuelle Simma, CIJ Recueil 2005, 338ss.

[11] CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, para. 204 : « L'article 41 du statut, doit être interprétée conformément à une pratique acceptée si largement par les Etats ces dernières années que l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée ». Dans le même contexte, la Cour considère l'EIE comme une obligation de diligence, mais il n'est pas clair si elle veut se référer à l'obligation découlant de la règle coutumière ou plutôt à celle conventionnelle. V.Y. Kerbrat, S. Maljean-Dubois, « La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), Revue Générale de Droit International Public*, 115, 2011, 53, qui considèrent ces affirmations de la Cour comme « l'un des apports majeurs de l'arrêt ».

[12] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, para. 216.

dans un contexte transfrontalier, à laquelle les deux Etats ne sont pas parties, ainsi que dans les Principes élaborés au sein du Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) et dans le Projet d'articles de 2001 de la CDI sur la prévention des dommages transfrontaliers résultant d'activités dangereuses[13]. Bien évidemment les principes invoqués par l'Argentine se prêtent à des interprétations différentes, mais encore plus indéniable est le fait que sa façon d'argumenter reflète le chemin que la Cour même emprunte (conventions multilatérales, projets de codification de la CDI, documents relevant des organes des Nations Unies) lorsqu'elle veut établir l'existence d'une règle coutumière internationale. Il reste donc à vérifier dans quelle mesure cette décision aura l'effet de retarder plutôt que de promouvoir le développement d'un ensemble de règles coutumières en matière d'EIE.

Le troisième moyen, aussi efficace que débattu, a été celui de trancher parfois des affaires d'une certaine envergure, en se référant à des règles générales dégagées par des traités ou ailleurs. Un exemple à la fois très connu et très contesté est contenu dans l'arrêt *Nicaragua*, où la Cour a affirmé l'identité de la lettre de l'article 51 de la Charte des Nations Unies avec le droit coutumier sur l'usage de la force[14]. Un autre exemple, tiré du même arrêt, est celui des « principes généraux de droit humanitaire », que la Cour a évoqués pour établir la responsabilité des Etats-Unis dans leur soutien aux *contras* nicaraguayens[15]. Dans d'autres affaires, le même but est atteint par l'emploi de moyens herméneutiques, en particulier de la méthode d'interprétation systématique codifiée par l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Une claire application de cette méthode a été donnée dans l'affaire des *Plateformes pétrolières* opposant l'Iran aux Etats-Unis. Dans son jugement de 2003, en interprétant l'article 20 du Traité bilatéral d'amitié, commerce et navigation entre les deux pays, qui prévoit des mesures de sécurité nationale pouvant poser obstacle au commerce entre les deux parties, de façon inattendue la Cour s'est penchée sur les règles coutumières limitant l'emploi de la force. La Cour se justifie par l'argument de ne pas pouvoir concevoir que, en rédigeant l'article en question, les parties n'avaient

---

[13] En particulier l'Argentine se rapportait à l'art. 2, para. 6 et à l'art. 3, para. 8 de la convention d'Espoo, à l'art. 13 du projet d'articles de la Commission du droit international de 2001 et aux principes 7 et 8 des buts et principes du Programme des Nations Unies sur l'Environnement adoptés en 1987.

[14] CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, CIJ Recueil 1986, 84 para. 176.

[15] Les affirmations de la Cour dans ce contexte ont été considérées par le dédicataire comme « the most advanced attempt made by the Court in the last three decades to play an active role in the development of modern international law ». V.P.-M. Dupuy, « The judicial policy of the International Court of Justice », in F. Salerno (dir.), *Il ruolo del giudice internazionale nell' evoluzione del diritto internazionale e comunitario*, Padova, Cedam, 1995, 81.

pas voulu prendre en considération « toutes les règles sur l'usage de la force »[16]. L'argument est quelque peu spécieux et circulaire dans la mesure où il tient pour acquis ce qu'il devrait prouver ; d'autre part, cette façon d'argumenter montre bien l'aisance avec laquelle la Cour peut faire un discours sur l'existence ou la portée d'une norme coutumière, lorsqu'elle le juge opportun[17].

On est tant porté à attribuer à la Cour le rôle de gardien des sources générales du droit international et à voir dans ses propos sur le droit coutumier un surplus d'autorité de ses jugements, qu'on la critique trop hâtivement lorsqu'elle s'abstient de le faire et tranche un litige de la manière la plus économique possible[18]. On ne peut pas prendre position sur ce débat dans le présent contexte, car il nous emmènerait trop loin sur le chemin de l'étude de la fonction judiciaire internationale. Il faut néanmoins mentionner que ce débat relève de plusieurs aspects, par exemple les méthodes d'appréciation de la coutume internationale adoptées par la Cour, sujet de plusieurs études savantes[19].

Or, même lorsque la Cour règle un différend d'une manière expéditive en se référant seulement au droit conventionnel liant les parties, on ne doit pas oublier que ses silences sur certains aspects du droit coutumier sont aussi importants que ses affirmations. Un cas intéressant est l'affaire récente entre la Belgique et le Sénégal sur les *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*. Dans son jugement rendu le 20 juillet 2012, la Cour n'a pas répondu à la question de savoir si la juridiction pénale universelle et l'obligation *aut dedere aut judicare* ont un fondement coutumier en droit international. Cette question a été aisément

---

[16] CIJ, *Plates-formes* pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ Recueil 2003, 25-26, paras. 41-42.

[17] Sur ce point qu'il soit permis de renvoyer à Gattini, « La legittima difesa nel nuovo secolo: la sentenza della Corte internazionale di giustizia nell' affare delle piattaforme petrolifere », *Rivista di diritto internazionale*, 87, 2004, 147ss.

[18] Pour une critique v. par exemple, *ex multis* G. Abi-Saab, « The International Court as a world court », in V. Lowe, M. Fitzmaurice (dir.), *Fifty years of the International Court of Justice, Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 9, qui parle d' une tendance à l''arbitralization' de la Cour.

[19] Fondamental dans ce domaine demeure l'étude de Haggenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *Revue générale de droit international public*, 90, 1986, 5ss. Voir aussi G. Gaja, « Sul ruolo della Corte internazionale di giustizia nell' accertamento del diritto internazionale generale », in Salerno, *Il ruolo del giudice internazionale*, 233ss. ; plus récemment R. Geiger, « Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice. A Critical Appraisal », in U. Fastenrath *et al.* (dir.), *From Bilateralism to Community Interests. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 673ss. Cet auteur parvient à la conclusion (692), quelque peu provocatrice, que la Cour se penche rarement sur les éléments de la coutume, procédant plutôt de manière déductive des principes très généraux, des « valeurs » juridiques, des lignes directrices qu'elle décèle dans les différentes enceintes internationales, et spécialement dans le système des Nations Unies.

écartée par l'argument tout à fait discutable que, au moment de la saisine de la Cour, il n'y avait pas apparemment un différend entre les parties au regard de la portée coutumière de ces règles[20]. En conséquence, la Cour s'est bornée à résoudre le différend sur la base de la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984. Ce choix s'explique par la volonté de la Cour de laisser à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies une large marge d'appréciation sur cette question, à l'ordre du jour de la CDI depuis une décennie. Toutefois, en affirmant dans deux paragraphes consécutifs que la prohibition de la torture est une norme de *jus cogens* alors que l'obligation d'*aut dedere aut judicare* n'engage le Sénégal qu'après la date de la ratification de la Convention contre la torture[21], la Cour exclut implicitement que la violation d'une norme de *jus cogens* entraîne l'obligation d'*aut dedere aut iudicare* dans le droit international général. Par cette voie, la Cour dément l'avis du rapporteur spécial de la CDI, M. Galicki, qui, dans son quatrième rapport de 2011, avait proposé un article 4, intitulé « la coutume internationale comme source de l'obligation », d'après lequel l'obligation *aut dedere aut iudicare* existerait au moins dans tous les cas d'un crime de *jus cogens*[22]. Enfin, bien que la Cour n'ait rien dit sur la nature coutumière de l'obligation *aut dedere aut iudicare*, sa position est tout à fait cohérente à celle déjà développée à l'occasion de l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, quand elle exclut l'application de toute conséquence procédurale lors de la violation d'une norme matérielle de *jus cogens*[23].

1.2. *La (moindre) autorité des juges internationaux spéciaux*

Ce que nous venons de dire sur le rôle de la Cour internationale de justice quant aux méthodes d'appréciation de la coutume peut être appliqué aussi aux autres juridictions internationales avec quelques distinctions, dues notamment à la compétence *ratione materiae* limitée des autres juges internationaux.

Une place spécifique est occupée par les deux tribunaux pénaux internationaux crées par le Conseil de sécurité des Nations Unis dans les années quatre-vingt-dix du siècle dernier, le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et le Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR). La nouveauté de la matière et la quasi absence de précédents jurisprudentiels, exception faite

---

[20] CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Senegal)*, arrêt, 20 juillet 2012, para. 54.

[21] *Ibid.*, paras. 99-100.

[22] Voir Z. Galicki, *Quatrième rapport sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre*, UN Doc. A/CN.4/648, 26, para. 95. La position du rapporteur spécial sur ce point était pour le moins incertaine, en reconnaissant qu'il « est assez malaisé [...] de prouver l'existence d'une obligation d'extrader ou de poursuivre en droit international coutumier général » (para. 86). Pour le débat au sein de la CDI sur ce point voir *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 63ème session*, UN Doc. A/66/10 (2011), paras. 320-326.

[23] CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, para.

de la mince jurisprudence à la suite des guerres mondiales, sont des éléments qui ont permis aux tribunaux pénaux de jouer un rôle proprement créateur du droit dans diverses aspects procéduraux et de droit matériel. Ce rôle actif avait été pris en compte par le Conseil de Sécurité lors de la mise en place de ces tribunaux sur la conviction que leur activité ressortait, en dernière instance, de l'autorité du Conseil même dans l'exercice de ses prérogatives découlant du Chapitre VII de la Charte.

Il reste néanmoins que les deux tribunaux ont parfois décidé de manière abusive. Il suffit de rappeler le concept de la « *joint criminal enterprise* du troisième type » que la Chambre d'appel du TPIY a créé de toutes pièces dans l'affaire *Tadi* en juillet 1999[24]. Les juges étaient poussés par le désir d'étendre le concept de *Joint Criminal Enterprise* (JCE) bien au-delà du cas de complicité *stricto sensu* jusqu'au cas où un membre d'un groupe (ou même pas du groupe) accomplit un délit qui n'était pas prévisible de la part des autres membres et même si les autres membres du groupe n'ont eu aucun rôle dans la causation du délit. La méthodologie employée par la Chambre d'appel en révèle la désinvolture. Pour fonder cette construction, les juges n'ont trouvé appui que sur deux précédents jurisprudentiels des tribunaux militaires, l'un britannique et l'autre des Etats-Unis, datant de l'après-guerre, dont la pertinence est assez douteuse. Ces deux affaires concernaient des cas de lynchage des prisonniers de guerre en Allemagne auxquels tous les inculpés avaient activement participé, même si à un différent degré[25]. Dans sa *voluptas iudicandi*, la Chambre d'appel s'est penchée aussi sur les systèmes pénaux nationaux mais sans aucun résultat : elle n'a pas été capable de dégager un principe de droit généralement reconnu à cause des trop grandes divergences dans les différents pays. Néanmoins, en s'appuyant sur des précédents italiens d'après la seconde guerre mondiale non publiés, la Chambre conclut par attribuer au concept de la JCE une nature coutumière[26].

Les raisons de politique judiciaire, qui ont motivé le Tribunal, sont bien évidentes : il s'agissait de la première affaire réglée par le Tribunal depuis six ans après sa création et une interprétation large de la JCE se prêtait bien au désir du Procureur général de réunir autant de personnes que possible dans un seul schéma conceptuel relativement simple, ainsi que d'établir un exemple dissuasif pour les conflits à venir[27]. En effet, bien que la Chambre d'appel du Tribunal l'ait nié, le concept de JCE s'apparente de beaucoup à celui de la *conspiracy* du

---

[24] TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, affaire No. IT-94-1-A, arrêt (Ch. d'appel), 15 juill. 1999, paras. 204ss.

[25] Les deux cas sont *Erich Heyer et consorts (Lynchage de Essen)*, et *Kurt Goebell et consorts (Ile de Borkum)*, cités aux paras. 207ss.

[26] Pour une critique sur ce point v. le commentaire de M. Sassoli & L.M. Olson, « Prosecutor v. Tadic », *American Journal of International Law*, 94, 2000, 751.

[27] Le choix délibéré de politique judiciaire se lit en filigrane dans l'affaire *Tadić* : dans l'arrêt du janvier 2000 concernant les jugements relatifs à la sentence, la Chambre d'appel a réduit de cinq ans la durée de la peine de réclusion, qui finalement n'a pas dépassé

droit criminel des Etats-Unis et à celui de la criminalisation du fait de la simple appartenance à une certaine organisation[28]. Si les circonstances de fait du cas *Tadić* pouvaient justifier l'étendue de la notion de complicité au moins en partie, l'emploi de la notion de JCE, telle que les deux tribunaux l'ont fait par la suite, a été fortement critiqué par la doctrine[29], au moins parmi les auteurs qui n'étaient pas liés d'une façon ou d'une autre à l'« establishment » du TPIY. Ces critiques ont été partagées par les Etats, qui ont décidé de ne pas reproduire ce concept dans l'article 25 du statut de la Cour pénale internationale, qui codifie les règles générales de complicité.

Sans s'appuyer sur les auteurs qui contestent la légitimité des juges internationaux pour carence de toute légitimité démocratique[30], l'expérience des tribunaux pénaux internationaux nous appelle à nous interroger sur les limites du rôle

---

celle qui avait été établie en 1997 par la Chambre de première instance, qui pourtant n'avait pas jugé M. Tadi coupable des cinq meurtres.

28 Il y a quelques années, j'avais comparé d'une manière quelque peu provocatrice le concept de la JCE à la responsabilité collective, en sorte d'Ersatz à la fois d'une responsabilité étatique, qui ne revenait pas à la compétence du TPIY et d'une responsabilité pénale des entités quasi-étatiques, impossible à affirmer. En plus, j'avais remarqué les avantages de la notion de JCE dans le cadre d'une politique judiciaire fortement orientée vers une finalité répressive sans pourtant en avoir approfondi le bien fondé, v. A. Gattini, « A historical perspective : from collective to individual responsibility and back », in A. Nollkaemper & H. van der Wilt (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 121.

29 Pour une analyse ponctuelle des faiblesses du concept v. H. van der Wilt, « Joint criminal enterprise and functional perpetration », dans Nollkaemper & van der Wilt, *System Criminality in International Law*, 158ss. ; E. van Sliedregt, « System criminality at the ICTY », *ibid.*, 183ss. Parmi les critiques finit par se ranger même A. Cassese, qui néanmoins est généralement reconnu comme le père du concept. Par ailleurs, sa critique de l'arrêt *Brdanin* de la Chambre d'appel du TPIY de 2007 n'a pas été poussée jusqu'à douter du bien fondé de la notion, en se limitant aux aspects concernant la *mens rea.* Par cela, il a critiqué l'inculpation faite dans l'arrêt à un membre du groupe d'un crime commis par un non membre éloigné, même quand ce crime, tel le génocide, exige l'intention spécifique, et pas seulement le *dolus eventualis.* Ce dernier aspect caractériserait le cas *Brdanin* par rapport aux affaires où le concept de JCE avait été précédemment utilisé. V.A. Cassese, *International Criminal Law*, 2ème éd., Oxford, Oxford University Press. V. aussi du même auteur, « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Entreprise », *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, 109ss., qui concluait à la p. 133 dans le sens de recommander aux juges de procéder « with utmost prudence » dans la voie de la JCE.

30 V. la thèse grotesque de E.A. Posner, J.C. Yoo, « Judicial Independence in International Tribunals », *California Law Review*, 93, 2005, 1ss. D'après ces auteurs, les juges internationaux seraient trop indépendants. Dans une veine plus modérée, A. Von Bogdandy, Venzke, « Zur Herrschaft internationaler Gerichte : Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 70, 2010, 1ss., qui questionnent le fondement de la « international public authority » du juge international.

normatif des juges internationaux[31]. Ce constat est encore plus valable lorsque ces tribunaux ont le pouvoir de limiter la liberté de la personne, étant donné que la structure de la société internationale jusque dans le passé le plus récent et même aujourd'hui n'a pas de valeurs universellement partagées ni de moyens pour les faire valoir.

2. Le juge national

2.1. *Le juge national entre différents ordres juridiques*

En ce qui concerne le rôle des tribunaux internes, il n'est pas contestable que leur importance dans la pratique et la théorie du droit international ne cesse de s'accroître. Dans un monde de plus en plus « mondialisé », les juges internes doivent se rapporter à des règles juridiques extra-étatiques lorsqu'ils sont appelés à trancher des litiges, qu'ils soient internes ou *a fortiori* ayant une dimension transnationale[32].

Cependant, les divergences avec le système international sont très remarquables. Malgré le discours courant sur le dialogue trans-judiciel à multiples niveaux, le fait incontournable reste que les juges internes constituent une partie intégrante du système juridique national et sont soumis aux règles fondamentales qui régissent celui-ci. Leur attitude envers le droit international coutumier en est nécessairement influencée, si non carrément déterminée. Cela est dû à différentes raisons.

On pourrait penser que le premier point de différence réside dans la nature moniste ou dualiste du système juridique auquel le juge appartient et au rôle joué par le juge dans ce système. Traditionnellement, la vision continentale, incarné par un juge qui se limite à dire le droit, s'oppose à celle de *common law*, où le juge participe à la création du droit, au moins en partie. Cette distinction n'a jamais

---

[31] V. Shahabuddeen, « Policy-oriented law in the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia », in L.C. Vohrah *et al.* (dir.), *Man's inhumanity to man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2003, 889ss. ; et du même Auteur, « Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise », in S. Darcy & J. Powderly (dir.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 184ss.

[32] Ceci est une verité de M. La Palisse, qui néanmoins fait l'objet d'études savantes, v. A.-M. Slaughter, W. Burke-White, « The Future of International Law is Domestic », in J. Nijman & A. Nollkaemper (dir.), *New Perspectives on the Divide between International and National Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 110ss. Il y a soixante-dix ans Kelsen souligna que, au fur et à mesure que le droit international s'adresse aux individus, la frontière entre le droit international et le droit interne tende à devenir floue et le rôles des juges internationaux et des juges internes à s'imbriquer. V.H. Kelsen, *Law and Peace in International Relations, the Oliver Wendell Holmes lectures, 1940-41*, Cambridge, Harvard University Press, 1942, 96.

correspondu à la réalité, et donc on évitera de la partager. En effet, quand ils appliquent le droit international, les juges de *civil law* parfois s'enhardissent en faisant preuve d'imagination juridique, tandis que les juges de *common law* ne contestent pas la surveillance souvent étouffante du pouvoir exécutif ou législatif[33]. Cette attitude, quelque peu paradoxale, trouve sa raison d'être dans une réaction qui vise à rééquilibrer la façon dans laquelle l'ordre juridique d'appartenance se pose face au droit international. Dans un système dualiste, le juge s'efforce d'en limiter les excès par des méthodes herméneutiques variées en vue de reconnaître au droit international une marge plus large d'application, tandis que, dans un système moniste, le juge vise à éviter toute incompatibilité entre droit international et les principes généraux de l'ordre interne[34].

Une explication plus intéressante de ces attitudes nationales se justifie par des raisons historiques. Par exemple, on a soutenu que l'ouverture au droit international coutumier de la constitution italienne de 1948 et de la Loi Fondamentale allemande de 1949 est due au désir des deux Etats d'ancrer leur démocratie retrouvée et le respect de l'Etat de droit à un système plus vaste, qui offrirait une garantie ultérieure contre les tentations totalitaires du passé[35]. En revanche, l'absence de toute référence au droit international coutumier dans une constitution nationale n'empêche pas les juges internes d'en faire application[36], mais en règle générale cette application est soumise au principe de *lex posterior*. Le

---

33 Pour la première approche v. F. Conforti, « National courts and the international law of human rights », in B. Conforti & F. Francioni (dir.), *Enforcing international human rights in domestic courts*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, 3ss., ainsi que ses rapports à l'Institut de droit international sur le sujet de « L'activité de juge interne et les relations internationales de son Etat », qui ont conduit à l'adoption d'une résolution ayant le même titre à la session de Milan de 1993 ; pour la deuxième approche v. T. Ginsburg, « Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking », *Virginia Journal of International Law*, 45, 2005, 630ss.

34 E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, 2ème éd., Torino, Giappichelli, 2012, a crée le concept de « nouvel monisme » afin d'expliquer la croissante attention de certains systèmes monistes pour que la « nature internationale » de la norme, c'est-à-dire son contenu et la fonction qu'elle joue dans l' ordre juridique international, ne soit pas altérée à l'occasion de son application interne. Cette tendance, qui a un fondement théorique tout à fait compréhensible, finit paradoxalement par justifier la non application de la norme internationale et la clôture de l'ordre juridique prétendu moniste. Pour une même analyse appliquée à la Cour de justice de l'Union européenne v. E. Cannizzaro, « The neo-monism of the European legal order », in E. Cannizzaro *et al.* (dir.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 35ss.

35 Selon l'art. 10 de la Constitution italienne, l'Italie « se conforme aux règles de droit international généralement reconnues » ; pour l'art. 25 de la Loi fondamentale allemande les normes générales de droit international « font partie intégrale de la loi fédérale ».

36 Voir par exemple le cas des Pays-Bas, illustré par E.A. Alkema, « Netherlands », dans D. Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 419.

manque de toute indication dans la constitution pose des problèmes supplémentaires dans le cas d'un système fédéral, comme celui des Etats-Unis, où depuis quelques temps un débat serré est en cours sur les limites dans lesquelles les tribunaux fédéraux peuvent appliquer le droit international coutumier sans expresse autorisation du Congrès[37].

Une autre différence peut naître du fait d'attribuer ou non un effet direct à la norme coutumière ; cela augmente, au moins en théorie, les chances d'un juge d'en faire application[38].

Il ne faut pas non plus oublier que les attitudes des juges nationaux à l'égard du droit coutumier sont liées à l'étendue de leur juridiction, ainsi qu'à la projection internationale du pays d'appartenance. Par exemple, les Etats-Unis, par l'enjeu de l'*Alien Tort Statute* du 1789, confèrent aux tribunaux fédéraux le pouvoir de juger des plaintes de droit civil déposées par des étrangers contre des personnes physiques ou juridiques, nationales ou étrangères en violation du droit des gens.

---

[37] La question est celle de savoir dans quelle mesure l'arrêt de la Cour suprême de 1900 dans le cas du *Paquete Habana* (175 US 677) est-il encore valable. Dans cet arrêt on trouve la célèbre affirmation selon laquelle « international law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction ». En effet, certains auteurs font valoir, que dans ce temps là la Cour considérait le droit international coutumier comme faisant partie du « general common law » mais que cette interprétation n'est plus actuelle après le rejet de la Cour de cette source de droit dans l'affaire *Erie* de 1938 (304 US 64). Il s'ensuit que le droit international coutumier doit relever soit du droit fédéral (mais seulement dans le cas où le Congrès y ait donné son consentement) soit, par défaut, du droit étatique. Voir C.A. Bradley & J.L. Goldsmith, « Customary International Law as Federal Common Law : A Critique of the Modern Position », *Harvard Law Journal*, 110, 1997, 815ss. Pour une critique de cette position v. C.M. Vazquez, « Customary International Law as U.S. Law: A Critique of the Revisionist and Intermediate Positions and a Defense of the Modern Position », *Notre Dame Law Review*, 86, 2011, 1495ss. L'autorité du Third Restatement of the Foreign Relations Law of the United States de 1986, qui doit beaucoup à la plume de Henkin, qui en avait été le Chief Reporter, fait aussi l'objet d'une discussion serrée, qui tend à le situer dans un climat historique et politique dépassé sous bien des aspects, v. P.B. Stephan, « Constitution, and Customary International Law : The Intellectual Origins of the Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States », *Virginia Journal of International Law*, 44, 2003, 33ss.

[38] Par exemple, le droit international coutumier est considéré dans le Royaume-Uni comme faisant partie du *common law* et, en conséquent, directement appliqué, pourvu qu'il soit compatible avec les lois parlementaires. Néanmoins, assez rarement les juges reconnaissent à la coutume un tel effet, v. R. O' Keefe, « The Doctrine of Incorporation Revisited », *British Yearbook of International Law*, 79, 2008, 25. Dans un pays de *civil law* comme l'Autriche, bien que l'article 9 de la Constitution affirme que le droit coutumier fait partie intégrante du droit fédéral, la Cour constitutionnelle nie que les individus peuvent en tirer des droits, v. E. Handl-Petz, « Austria », in Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, 86. Un cas exceptionnel est celui de l'Allemagne : dans ce pays, c'est l'article 25 de la Loi fondamentale allemande qui permet aux règles générales de droit international de conférer aux individus droits et obligations.

Ce pouvoir leur donne un rôle privilégié dans l'application et le développement du droit international coutumier, même si le caractère tout à fait exceptionnel de cette juridiction rend la jurisprudence des tribunaux quelque peu suspecte[39]. En général, les juges habitués à connaître des litiges ayant une dimension internationale sont plus à l'aise à employer, si non à manipuler, les sources non écrites de droit international par rapport aux juges ayant moins d'expérience dans ce milieu.

Cette observation banale prouve que la pratique des Etats n'a pas toujours le même poids : cette constatation nous conduit à cerner la différence majeure entre juges nationaux et juges internationaux, et qui réside dans leur fonction respective. Par rapport au juge international, le juge national joue une double fonction en ce qui concerne le droit international coutumier : la première s'identifie avec sa tâche de dire le droit et d'en garantir aussi la correcte application dans le droit interne ; la deuxième c'est son apport à la consolidation de la pratique, dont la coutume se nourrit[40]. Cette double fonction d'un côté diminue la relevance du juge interne pour ce qui concerne l'évaluation du droit coutumier, mais, d'autre coté, en augmente l'intérêt quant à sa création et son développement. Cette tension créée par les deux composantes de la fonction judiciaire interne n'a pas été bien approfondie par la doctrine[41], durablement influencée à son tour soit par

---

39 Voir les positions de l'Union européenne, du Royaume-Uni, de la Suisse et de l'Australie communiqués à la Cour suprême des Etats-Unis en tant que *amici curiae* dans le cas *Sosa c. Alvarez Machain* (124 S.Ct. 2739).Voir aussi l'Opinion individuelle commune des juges Higgins, Koijmans et Buergenthal dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 février 2002, CIJ Recueil 2002, 77, para. 48 : « Si cet exercice unilatéral de la fonction de gardien des valeurs internationales a été très commenté, il n'a pas d'une manière générale suscité l'approbation des Etats ». La question de l'ampleur de la compétence juridictionnelle des tribunaux fédéraux des Etats-Unis selon l'*Alien Tort Claim Act est* actuellement à l'examen de la Cour suprême des Etats Unis dans l'affaire *Kiobel et al. V. Royal Dutch Petroleum Co. Et al.* (No. 10-1491). Pour une plaidoirie en faveur du maintien d'une compétence juridictionnelle universelle v. J. von Bernstorff, J. Dingfelder Stone « The Alien Tort Statute before the US Supreme Court in the *Kiobel* case : Does international law prohibit US courts to exercise extraterritorial civil jurisdiction over human rights abuses committed outside of the US ? », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 72, 2012, 579ss.

40 La Cour internationale de justice a mis en exergue le rôle des cours internes comme élément de la pratique, lorsque il s'agit de l'évaluation de l'existence d'une norme coutumière en matière de juridiction, voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, para. 58 ; *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, para. 72, 85. Le précédent le plus célèbre reste la décision de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du *Lotus (France c. Turquie)*, 1927, Série A, No. 10, 23ss.

41 Voir le travail seminal de H. Lauterpacht, « Decisions of municipal courts as a source of international law », *British Yearbook of International Law*, 10, 1929, 65ss. Pour une étude récente et approfondie du thème v. A. Roberts, « Comparative International Law ? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law », *International*

la fortunée théorie du dédoublement fonctionnel, selon laquelle le juge interne serait un organe matériel de l'ordre juridique international[42], soit par la formulation de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, dont la lettre (d) relègue la jurisprudence parmi les sources complémentaires.

Cet enchevêtrement des fonctions rend plus difficile une correcte appréciation du rôle du juge interne. D'ailleurs, il n'y a aucune raison, sinon par un certain respect à la fonction judiciaire en tant que telle, de considérer plus influente la décision d'un juge interne que la prise de position du gouvernement du même pays, dûment soutenue et relayée par les conseils juridiques des ministères des affaires étrangères[43]. Comme il a été souligné par Sir Robert Jennings, « the establishment of the rule of law does not mean the establishment of a hegemony of the judges »[44]. Si les organes chargés d'interpréter et d'appliquer le droit international sont en contradiction entre eux, le poids spécifique de leurs opinions respectives en résultera nécessairement réduit, voire anéanti[45]. Pour éviter ce type de

---

& Comparative Law Quarterly, 60, 2011, 57ss., qui cependant arrive à des conclusions discutables sur la liberté du juge interne de promouvoir activement le changement normatif, dans un cadre conceptuel de pluralisme juridique.

42 V. la formulation originaire par G. Scelle, « Le phénomène du dédoublement fonctionnel », dans W. Schätzel *et al.* (dir.), *Rechtsfragen der internationalen Organisation. Festschrift für Hans Wehberg*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1956, 324ss. Pour une reevaluation et mise au jour du concept v. A. Cassese, « Remarks on Scelle's Theory of « Role Splitting » (dédoublement fonctionnel) in International Law », *European Journal of International Law*, 1, 1990, 210ss. ; P.-M. Dupuy, « Unity in the application of international law at the global level and the responsibility of judges at the national level : Reviewing Georges Scelle's 'Role splitting' theory », in L. Boisson de Chazournes *et al.* (dir.), *International Law and the quest for its implementation. Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden/Boston, Martinus Njihoff Publishers, 2010, 417ss. Pour une mise en question de l'efficacité de la notion dans des cas limites, dans lesquels les juges internes sont confrontés à des situations « when national passions are aroused » v. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens & Sons, 1964, 146-147.

43 Pour l'importance du rôle des conseils juridiques v. A. Cassese, « The role of legal advisors in ensuring that foreign policy conforms to international legal standards », *Michigan Journal of International Law*, 14, 1992, 139ss.; voir aussi le *Recueil d'articles de conseillers juridiques d'états, d'organisations internationales et de praticiens du droit international*, publié sous les auspices du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat des Nations Unies, New York 1999.

44 R. Jennings, « International lawyers and the progressive development of international law », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of international law at the threshold of the XXI century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, 419.

45 Pour la thèse selon laquelle en cas de conflit la position de l'exécutif devrait prévaloir, étant donné que c'est à celui-ci à qui revient la responsabilité principale de la conduite des relations internationales v. ILA, *Statement of principles applicable to the formation of general customary international law*, ILA Session de Londres, 2000, 729. Pour une opinion qui veut différencier entre différents cas d'espèce v. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, 271.

conflit, dans certains pays prévaut la théorie d'après laquelle il est nécessaire de parler « avec une seule voix » dans les relations internationales. L'opportunité de cette solution est peut-être de moindre importance à l'égard du droit coutumier par rapport au droit conventionnel, dont le pouvoir exécutif reste le « juge » de dernière instance[46]. Toutefois, à y regarder des plus près, la raison profonde de l'idée de parler avec une seule voix se réfère aussi aux cas où les Etats (dans le sens des gouvernements) n'ont pas encore arrêté leur position à l'égard d'une question du droit coutumier, il pouvant s'agir même dans cette circonstance d'un choix délibéré[47].

2.2. *Le juge national et les éléments de la coutume*

Etant donné que les arrêts des juges nationaux font partie par définition d'un processus d'*auto-poiésis*, dans la mesure où ils contribuent à la création ou à la consolidation de la pratique internationale, il devient indispensable de se pencher de plus près sur les moyens que le juge emploie pour vérifier le droit coutumier. On se demande alors dans quelle mesure le juge national est-il conscient de ce que tout praticien avisé de droit international sait et qui a été bien décrit par Verhoeven avec la formule heureuse de la « volonté de droit » de l'usage[48].

L'usage est apparemment un élément certain, en tant qu'objectif, et fiable, mais il n'est pas nécessairement un outil prêt-à-porter : exception faite des cours suprêmes, il est bien douteux que les juges nationaux aient les instruments méthodologiques et le temps pour évaluer la pratique des autres Etats. Dans la plupart des cas, et dans la meilleure des hypothèses, ils se réfèrent à l'autorité de quelque décision prise par leur cour suprême ou par une cour internationale, ou encore à l'avis de la doctrine majoritaire de leur pays. En effet, dans certains systèmes les juridictions inférieures peuvent saisir la cour supérieure – dans le cas de l'Allemagne, le Tribunal fédéral constitutionnel, dans le cas de la Grèce une Cour constitutionnelle spéciale – afin de trancher une question concernant

---

46 V. par contre Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, 14, qui à la lumière d'une vaste étude comparative conclut que en général les cours internes ne font pas recours à l'exécutif pour le relèvement du droit international coutumier.

47 V.I. Lukashuk, « Customary Norms in Contemporary International Law », *Essays Skubiszewski*, 497: « the insufficient definiteness as to the content and status of norms being set in practice is to a considerable degree the result of the conscious positions of States ». V. aussi R. Müllerson, « The interplay of objective and subjective elements in customary law », in K. Wellens (dir.), *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 164: « States may not always act consistently but they always act consciously ».

48 J. Verhoeven, « Les conceptions et les implications du temps en droit international », in Société Française pour le Droit International, Colloque de Paris, *Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2000, 19.

l'existence et la portée d'une norme internationale coutumière[49]. Toutefois, même les juges suprêmes mènent peu souvent une vraie enquête de l'usage des Etats, généralement limitée à la pratique des leurs collègues étrangers[50].

Par ailleurs, la véritable question se pose avec l'appréciation de l'élément subjectif de la coutume. Quels sont les moyens dont le juge dispose pour éclaircir l'*opinio juris* des Etats ? Sur ce point, le bien-fondé de la thèse de Kelsen se révèle entièrement : si on considère la coutume comme source de droit, alors que la pratique est justement le fait créateur d'une norme, l'*opinio juris* n'intervient qu'à posteriori pour vérifier l'existence de cette norme. Donc, il ne s'agira que de l'*opinio juris* de chaque interprète[51]. Dès son apparition la simple évidence de la thèse de Kelsen en a fait un objet de scandale, avec peu d'exceptions[52], mais aucune critique a réussi à en démolir la rigueur logique. La raison du malaise face à cette théorie est due au fait qu'elle montre sans fard la fonction souvent idéologique de l'élément subjectif de la norme coutumière, en dévoilant sa fragilité et à l'occurrence son artificialité.

Or, il est vrai, comme le dit le dédicataire de ces pages avec son incomparable don d'une heureuse synthèse, que la coutume « demeure un processus social

---

[49] En Allemagne, il s'agit de la soi-disant procédure de vérification (Verifikationsverfahren) de l'art. 100, II de la Loi fondamentale, en Grèce de l'art. 100 de la Constitution grecque.

[50] Il y a pourtant des exceptions. V. les affaires mentionnées par Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, 265, et en particulier celui de la High Court de la Nouvelle-Zélande dans l'affaire *Fang v. Jiang*, qui a suspendu son procès en attendant la décision de la House of Lords britannique dans l'affaire *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, pour statuer après dans la même façon en s'appuyant expressément à l'autorité du précédent britannique. Dans d'autres systèmes, tel celui des Etats-Unis, la question des limites entre lesquelles la Cour Suprême a le pouvoir de se référer aux décisions des autres cours pour interpréter les normes internationales est objet d'un vif débat. Voir les contributions publiées dans l'*American Journal of International Law*, 98, 2004, 42ss., sous le titre « Agora : The United States Constitution and International Law ». Pour un soutien décidé de cette tendance v. E. Benvenisti, « Reclaiming Democracy : The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts », *American Journal of International Law*, 102, 2008, 241ss., qui y voit (244) un autre exemple du phénomène du « disaggregated state » préconisé par A.-M. Slaughter dans son « Global Governance Networks, Global Information Agencies and Democratic Disaggregation », *Michigan Journal of International Law*, 24, 2003, 1041ss. Pour une approche plus nuancée sur les différents enjeux de la question v. C.M. Zoethout, « The Dilemma of Constitutional Comparativism » *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 71, 2011, 787ss.

[51] Voir H. Kelsen, « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, 10, 1939, 253ss., reproduit dans C. Leben (dir.), *Hans Kelsen. Ecrits français de droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, 75.

[52] Pour une récente réévaluation de la pensée de Kelsen v. M. Mendelson, « The subjective element in customary international law », *British Yearbook of International Law*, 66, 1996, 177ss.

dont on cherche en vain à faire une procédure juridique »[53]. On peut partant convenir avec lui que le juge joue un rôle déterminant dans la « révélation, sinon même parfois la formation » de la coutume[54]. On peut donc bien admettre que les Etats confient au juge international, à qui ressort de composer leur litige, le pouvoir d'identifier, comme il l'estime bon, la règle qui fonde son jugement[55]. En effet, Kelsen soulignait, sans aucun sous-entendu critique, le rôle fondamental de la juridiction internationale dans l'élaboration du droit coutumier[56]. En revanche il est bien plus difficile d'accepter la marge d'arbitraire, qui pourrait se cacher sous la prétendue *opinio juris generalis* établie par n'importe quel interprète du droit, dont l'autorité, sinon la légitimité, restent sujettes à caution sur le plan international[57].

Le risque d'une instrumentalisation de l'*opinio juris* pour dissimuler une stratégie normative qui reste souvent discrète, a accompagné la notion de son origine, qui curieusement n'est pas aussi ancienne qu'on pourrait le croire. Sa naissance dans le discours doctrinaire se situe vers la fin du XIX siècle[58], quelques années après l'érection de l'Institut de droit international, dont le but était l'individualisation des normes de droit international général, s'estimant représenter « la conscience juridique du monde civilisé ». Les nombreuses façons, certaines directes, d'autres plus occultes, par lesquelles une *opinio* doctrinale influence les institutions chargées d'interpréter et d'appliquer le droit international, est un sujet qui attend encore un étude systématique[59]. Quant à lui, le dédicataire

---

53 Dupuy, « Théorie des sources », 62., et v. aussi son Cours général à l'Académie de droit international de la Haye, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 157ss.

54 Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », 165. Il faut cependant souligner que ses remarques s'adressaient surtout, sinon exclusivement, au rôle du juge international. Pour une extension, partant encore un peu dubitative, de ce même rôle au juge interne v. Dupuy, « Unity in the application », 429.

55 Voir I. Brownlie, « Why do States take dispute to the International Court ? », in N. Ando *et al.* (dir.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol. 2, La Haye, Kluwer, 2002, 829ss.

56 H. Kelsen, « Théorie », 77. Anzilotti même n'en pensait pas différemment, v. Dupuy, « Le juge et la règle générale », 571.

57 Il y a une pétition de principe dans la thèse de F. Francioni, « International Law as a Common Language for National Courts », *Texas International Law Journal*, 36, 2001, 593, selon lequel le juge interne serait mieux au gré d'exprimer l'*opinio juris* grâce à son indépendance par rapport aux « self-serving » prise de position du pouvoir exécutif.

58 Voir P. Guggenheim, « L'origine de la notion de *l'opinio juris sive necessitatis* comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du droit des gens », *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, 258-261, qui retrace la première formulation du concept dans les écrits d'Alphonse Rivier, *Principes du droit des gens*, vol. 1, Paris, Rousseau, 1896, 35.

59 Il serait intéressant, par exemple, d'étudier l'influence de la tradition franc-maçonne dans le développement de certaines idées ou institutions internationales. Pour un essai

a remarqué, avec la souplesse qui est l'une des ses marques, l'importance de l'institutionnalisation progressive de la « diplomatie normative », qui véhicule d'une enceinte internationale à l'autre certaines idées ou règles assez générales, et fait en sorte que leur « écho persistant produise un certain effet d'imprégnation des mentalités juridiques »[60].

L'irrésistible carrière de l'*opinio juris* a été marquée par des étapes significatives. Par exemple, aujourd'hui assez répandue est la thèse selon laquelle l'incertitude ou une certaine faiblesse de l'*usus* pourraient être compensée par un surplus d'*opinio*[61] ; d'autres auteurs soutiennent que la norme coutumière devrait également prendre en compte l'*opinio*, bien sûr plus *necessitatis* que *juris*, des individus et groupes intéressés par son application, même s'il reste très difficile, pour ne pas dire tout à fait aléatoire, d'identifier les composantes de cette nouvelle « communauté épistémologique » intéressée[62].

Parmi ce genre d'artifices, qui visent à renforcer la place de l'*opinio juris*, il y en a un particulièrement trompeur, d'après lequel l'introuvable coutume devrait plutôt être encadrée en tant que principe général de droit. Sous le prétexte de ne pas changer la nature des éléments constitutifs de la coutume, et surtout de l'usage, on finit par s'en débarrasser entièrement grâce à la reconnaissance d'un principe général, aux contours normatifs flous mais illuminés par une valeur supérieure, sous l'étiquette sanctifiante de *jus cogens*[63]. Malgré toute sa finesse, le but de cette

---

qui remonte au début du XX siècle v. E. Nys, *Idées modernes. Droit international et franc-maçonnerie*, Bruxelles, Weissenbruch, 1908. On est surpris d' apprendre, par exemple, qu'un des premiers sujets abordés par l'Institut de droit international, le traitement de la propriété privée dans la guerre maritime, était un thème auquel les sociétés franc-maçonnes de l'époque réservaient beaucoup d'attention.

60 Dupuy, « Théorie des sources et coutume », 65.

61 V.R.-J. Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, 75ss. ; G. Abi-Saab, « La coutume dans tous ses états », *Mélanges Ago*, vol. 1, Milan, Giuffré, 1987, 55 ; O. Schachter, « Entangled Treaty and Custom », in Y. Dinstein (dir.), *International Law in a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, 731.

62 V.C. Ochoa, « The Individual and Customary International Law Formation », *Virginia Journal of International Law*, 48, 2007, 119ss. ; pour une thèse similaire, appliquée à la méthodologie interpretative v. Swart, « Is There a Text in This Court ? The Purposive Method of Interpretation and the ad hoc Tribunals », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 70, 2010, 777.

63 Voir l'article très influent, en dépit ou peut-être à cause d'une certaine facilité, de B. Simma P. Alston, « The sources of human rights law : custom, jus cogens, and general principles », *Australian Yearbook of International Law*, 12, 1992, 82. Simma est revenu sur le sujet quelques années après, en précisant les repères méthodologiques (acceptation d'une méthode déductive à coté de celle inductive) et idéologiques (abandon du dogme positiviste basé sur la volonté des Etats) de sa pensée, v. « Die Erzeugung ungeschriebenen Völkerrechts : Allgemeine Verunsicherung – klärende Beiträge Karl Zemaneks », in K. Ginther (dir.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität. Festschift für Karl Zemanek*, Berlin, Humboldt, 1994, 95ss. Sa thèse selon laquelle le

doctrine n'est pas très facile à saisir, à moins de la considérer comme une stratégie « commerciale » pour rendre une marchandise plus attrayante aux yeux des consommateurs (les juges) un peu désorientés. D'ailleurs, cette stratégie a donné ses fruits, vu que les juges internes sont tentés d'emprunter la voie sacrée du « principe général »[64], assez plus souvent que leurs collègues internationaux[65].

Il est évident que, comme tout un chacun, le juge interne a ses repères culturels, ses croyances, ses idiosyncrasies à côté de ses compétences techniques : ceci est un élément inéliminable du procès et il faut y vivre avec. Néanmoins, quand un juge interne est appelé à interpréter une norme non écrite provenant d'un autre ordre juridique, il lui revient de faire preuve d'une extrême prudence et, si on peut le dire, d'effacement de soi. Son pouvoir particulièrement délicat de décider sur les droits et les obligations des individus, et parfois des Etats, devrait l'empêcher de se voir comme un compétiteur dans la foire aux idées[66].

Bien sûr, les juges nationaux ne vivent pas dans un monde clos, et ils sont sujets à l'esprit de leur temps, aux mouvements de la pensée qui dépassent une société locale ou nationale et marquent une époque. Encore, on peut bien avoir confiance en leur absolue bonne foi lorsqu'ils constatent une norme coutumière. Il y a toutefois des cas où le procédé des juges nationaux révèle sans doute une volonté précise de contribuer, ou même parfois de viser à un changement normatif. Ceci à été de toute évidence le cas de la Cour de cassation italienne dans la matière des immunités des Etats en cas de violations de normes impératives de droit international, à partir de l'arrêt *Ferrini* rendu en 2004. Au fur et à mesure que la thèse innovatrice de la Cour du manque d'immunité n'a été suivie par aucune autre cour et qu'elle a été critiquée dans la doctrine, la Cour a durcit

droit coutumier n'épuise pas le droit international non écrit, et que chaque interprète du droit peut tracer l'existence de ce dernier, a été partagée par O. Schachter, « New Custom : Power, *Opinio Juris*, and Contrary Practice », in *Essays Skubiszewski*, 539.

64 Pour un soutien très poussé de cette tendance v. récemment N. Carrillo Santarelli & C. Esposito, « Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios », *Revista española de derecho internacional*, 63, 2011, 51.

65 V.M. Mendelson, « The International Court of Justice and the sources of international law », in *Essays in honor of Sir Robert Jennings*, 79, pour l'observation que la Cour internationale n'a jamais indiqué l'emploi de l'art. 38, para. 1(c) de son Statut, et que elle préfère utiliser comme « gap-filler [...] the sometimes rather mysterious process that bears the compendious name 'judicial reasoning' ». Cette méfiance est partagée par les avocats internationaux. Comme le dédicataire l'observe bien, cela est dû au fait que « l'invocation de l'un d'entre eux équivaut bien souvent à l'aveu que celui qui l'emploie n'a pas été capable d'en trouver un équivalent dans le droit international lui même », v. P.-M. Dupuy, « La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales », in *Recueil d'articles de conseillers juridiques d'états*, 394.

66 Pour la thèse contraire v. parmi autres Roberts, « Comparative International Law ? », 80 ; Carrillo Santarelli & Esposito, « Los jueces nacionales », 74.

sa position dans une surenchère d'affirmations « de principe » de plus en plus fracassantes[67].

On touche ici à la très connue, et débattue, mais toujours fuyante, question du renouveau du droit international coutumier. On n'échappe pas à une vérité élémentaire : il faut bien que quelqu'un fasse le premier pas, et plus les arguments seront contraignants, plus de chances il aura de convaincre les autres. Mais pour modifier une norme structurelle de droit international comme celle des immunités juridictionnelles de l'Etat pour des activités *jure imperii*, l'utilisation de syllogismes juridiques abstraits, même soutenus par une idée forte telle que le *jus cogens*, et, pire, l'utilisation pêle-mêle d'arguments tendanciellement contradictoires, comme ceux avancés par la Cour de cassation italienne[68], ne suffit pas à la besogne. Or, pour développer le droit dans cette matière si délicate, le juge national doit être capable de saisir et d'exprimer « les courants et tendances profondes émanant des acteurs légitimes des relations internationales », comme un des avocats allemands a souligné devant la Cour internationale dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*[69].

L'enjeu réside entièrement dans l'expression « acteurs légitimes », ou « *relevant actors* » dans la version originale anglaise. Certes, on peut regretter dans ce concept le manque d'une nuance. Personne, et bien sûr pas un gouvernement démocratiquement élu, ne doute plus aujourd'hui que les organisations non gouvernementales, les groupes d'intérêt, les mouvements de la société civile soient des acteurs d'autant plus influents dans les relations internationales. Le dédicataire y a dédié des pages exemplaires par équilibre et prévoyance[70]. Mais, dans la mesure où le juge demeure un pouvoir indépendant à l'intérieur de l'Etat, il ne peut pas se considérer le porte-parole ou le porte-drapeau de ces groupes, tout en oubliant qu'il est, avant tout, un organe étatique et que ses jugements seront imputés à l'Etat d'appartenance selon le droit international positif, tel qu'il est réellement existant dans la pratique des Etats[71], et non tel qu'il est invoqué dans un excès d'*opinio juris* doctrinaire.

---

[67] Voir les dix ordonnances du 29 mai 2008 dans lesquels la Cour de cassation parle des crimes contre l'humanité comme d'un « punto di rottura dell' esercizio tollerabile della sovranità », *Repubblica federale di Germania c. Presidenza Consiglio dei ministri e Maietta* (cass. sez. un. Civ. 14209/2008), *Rivista di diritto internazionale*, 91, 2008, 896ss.

[68] Il me soit permis de renvoyer à mon écrit « War crimes and state immunity in the *Ferrini* decision », *Journal of international criminal justice*, 3, 2005, 224ss.

[69] CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, compte-rendu de l'audience publique tenu le lundi 12 septembre 2011, CR 2011/17 (Tomuschat), 22.

[70] Voir P.-M. Dupuy, « Considérations sur l'opinion publique internationale dans ses rapports avec le Droit », in B. Badie & A. Pellet (dir.), *Les relations internationales à l'épreuve de la science politique. Mélanges Marcel Merle*, Paris, Economica, 1993, 303ss.

[71] Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, para. 101, la Cour Internationale de justice a remarqué ce point en relation avec la thèse soutenue par l'Italie. En effet, selon ce pays, les insuffisances des dispositions adoptées par l'Allemagne en vue

Personne n'a su exprimer ce devoir de retenue mieux que Lord Hoffmann dans son opinion dans l'affaire *Jones v. Saudi Arabia* décidé par la House of Lords en 2006 : « It is not for a national court to « develop » international law by unilaterally adopting a version of that law which, however desirable, forward-looking and reflective of values it may be, is simply not accepted by other states »[72].

3. Conclusions

Compte-tenu des différentes articulations du rôle et du pouvoir des juges internationaux et nationaux, il semble que la voie la plus solide pour marquer leur empreinte dans le droit international coutumier, et surtout dans son développement, soit l'interprétation, dont ils jouent d'une maîtrise généralement reconnue. C'est grâce à un savant mélange constamment remanié de répétition d'une règle générale et de distinction du cas d'espèce, de conformité aux idées reçues et de nouveauté raisonnée, d'appui sur l'autorité d'autrui et d'affirmation personnelle, que les juges, qu'ils soient internationaux ou internes, peuvent influencer durablement le débat sur l'existence et le contenu du droit coutumier. Comme l'affirmait Sir Robert Jennings dans son incomparable clarté, le juge perd son « ultimate source of authority » lorsqu'il abandonne le terrain de la « permissible interpretation »[73]. Bien sûr, Kelsen nous rappelle encore que l'interprétation n'est pas seulement une technique juridique, mais surtout une question de politique judiciaire[74]. Mais ceci sera le thème de ma contribution aux prochaines Etudes en l'honneur du dédicataire, tout en rappelant ce qui il a récemment dit à propos de l'interprétation de la coutume : elle se mesure, et on pourrait ajouter qu'elle avance, par un « mimétisme graduel »[75].

---

d'accorder une réparation aux victimes italiennes fonderaient le pouvoir des tribunaux italiens à refuser à l'Allemagne l'immunité de juridiction. La Cour affirme ne voir « dans la pratique des Etats – *dont découle le droit international coutumier* –, aucun élément permettant d'affirmer que le droit international ferait dépendre le droit d'un Etat à l'immunité de l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation » (italiques ajoutées).

72 *Jones v. Saudi Arabia*, UKHL 26 [2006], para. 63.

73 Jennings, « The Judiciary, International and National », xii.

74 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig, Deuticke, 1934, 98. Pour une tentative de « réconcilier » les différentes méthodes d'évaluation de la coutume internationale, appliquant les théories d'interprétation de Dworkin, v. A.E. Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : A Reconciliation », *American Journal of International Law*, 95, 2001, 774ss.

75 Voir P.-M. Dupuy, « Evolutionary Interpretation of Treaties : Between Memory and Profecy », in E. Cannizzaro (dir.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 124.

CHAPITRE DOUZE

LA CONTRIBUTION DES RÈGLES D'ENGAGEMENT AU DROIT DU RECOURS À LA FORCE

Louis Balmond*

La finalité première du droit international est assurément l'établissement de relations pacifiques entre les sujets de ce droit. Les différends internationaux existent mais sont réglés par des instruments organisés qui s'éloignent de la justice privée et sauvegardent l'ordre juridique international. De ce point de vue, l'interdiction du recours à la force armée est « une règle fondatrice ou essentielle à l'ordre juridique international» et « n'est pas accessible à la désuétude tant du moins que ses violateurs affirment toujours respecter son principe »[1].

L'article 2(4) de la Charte des Nations Unies qui proclame l'obligation pour les Etats de s'abstenir de l'emploi de la force et de la menace d'emploi de la force constitue l'aboutissement actuel de ce processus s'efforçant de pacifier la société internationale Cette disposition, dont le caractère impératif n'est plus aujourd'hui réellement contesté, fournit, pour la doctrine dominante, et avec les exceptions qui l'accompagnent, le cadre nécessaire et suffisant au régime juridique applicable à l'emploi de la force dans les relations internationales[2]. Celui-ci n'est possible que dans les hypothèses limitativement prévues par la Charte, et à l'interrogation récurrente sur le caractère dépassé de l'article 2(4), il peut être répondu par le constat qu'il offre des solutions juridiques à l'ensemble des hypothèses d'emploi ou de menace d'emploi de la force qui entrent dans son champ d'application, commandé par l'interétatisme. Quand aux autres hypothèses d'emploi de la force, étrangères à celui-ci, elles ne sont pas pour autant soustraites au droit, mais relèvent d'autres dispositifs du droit international.

* Professeur de droit international, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut du droit de la paix et du développement.

1 P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 224.

2 Voir en ce sens P. Corten, *Le droit contre la guerre*, Paris, Pedone, 2008, notamment 9-33.

Il apparaît toutefois que dans les hypothèses dans lesquelles la Charte reconnaît la légalité de l'emploi de la force, le cadre juridique tel qu'il a été défini en 1945 est aujourd'hui beaucoup plus complexe, comprenant en particulier des règles qui viennent, au delà de l'emploi de la force, encadrer l'engagement de la force. La distinction est loin de n'être que sémantique. La caractéristique de l'emploi de la force tel qu'il est envisagé par l'article 2(4) est en effet d'être abstrait et collectif : abstrait parce qu'il est imputable à l'Etat personne morale, collectif dans la mesure où il résulte de l'action de l'appareil militaire de celui-ci. Au contraire l'engagement de la force traduit un phénomène et résulte d'un comportement individuel. L'acte, qualifié autrefois d' « ouverture du feu »[3] émane d'une personne physique mettant en œuvre une arme ou un système d'armes et disposant de ce fait de la force létale. L'engagement de la force concrétise ainsi l'emploi de la force qui, sans cela peut demeurer seulement virtuel. Par ailleurs, l'engagement de la force, hors du cadre de l'emploi de la force par l'Etat, constitue un acte de violence privée[4] alors que, plus paradoxalement, le défaut d'engagement de la force contribue en quelque sorte à déqualifier l'emploi de la force. On a pu ainsi, en grossissant quelque peu le trait, évoquer à propos de la période du 3 septembre 1939 au 10 mai 1940 la « drôle de guerre » entre la France et l'Allemagne car si la guerre a été déclarée, aucun engagement significatif de la force ne viendra en pratique la concrétiser[5].

Aujourd'hui, la distinction entre emploi de la force et engagement de la force apparaît toutefois essentielle et a conduit à la généralisation de l'édiction de règles d'engagement (ROE pour Rules of Engagement). Elles peuvent être définies comme « des directives provenant d'une autorité militaire compétente etprécisant les circonstances etles limites dans lesquelles les forces pourront entreprendre et/ou poursuivre le combat »[6].

La multiplication que l'on constate de ces dispositifs manifesterait-elle alors les insuffisances voire l'obsolescence de l'article 2(4) ? Il n'en est rien cependant car leur objet est très différent. L'article 2(4) n'est finalement que le dernier avatar d'un processus de captation de l'emploi de la force par la puissance publique qui a abouti à la mise hors la loi de la guerre interétatique. On peut considérer avec

---

[3] O. Kempf, « Règles d'engagement : aussi anodines qu'il y parait ? », *Etudes Géopolitiques Européennes et Atlantiques*, 15 oct. 2009, disponible à l'adresse suivante : http://www.egeablog.net.

[4] Les actions conduites par des sociétés militaires privées dans des situations de conflit armé ont contribué à renouveler cette problématique ; voir pour la doctrine en langue française, N. Haupais, « Les enjeux juridiques de la privatisation de la guerre », *Annuaire Français de Droit International*, 2009, 87-110.

[5] L'expression est due à l'écrivain Roland Dorgelès et caractérise une période au cours de laquelle malgré l'état de guerre, aucun engagement significatif n'a lieu entre armées françaises et armées allemandes.

[6] *Manuel de droit des conflits armés*, Paris, Ministère de la Défense, Direction des affaires juridiques, 2003, 109.

Charles Tilly que l'Etat a fait la guerre et la guerre a fait l'Etat[7]. L'apparition de l'Etat moderne en Europe au XVII^{eme} siècle parachève un phénomène de capture de la violence, d'emploi de la force par la puissance publique et de mise hors la loi de la violence privée. Dans les relations internationales, l'Etat apparaît comme le maître d'œuvre de l'emploi de la force et la guerre devient ainsi une compétence étatique. La compétence de guerre permet à l'Etat de recourir à la force après avoir déclaré la guerre, manifestation politique de la volonté du souverain, qu'il s'agisse du Roi ou de la Nation. Une fois cet état juridique créé, les personnes physiques qui participent aux hostilités perdent leur identité et dès lors la question de l'engagement de la force ne se pose pas ou plutôt n'a pas de signification ni de portée juridique particulière, dans l'ordre international tout au moins. Elle peut en acquérir toutefois en droit interne en cas de refus d'engagement de la force comme ce fut le cas par exemple lors des mutineries de 1917.

La mise hors la loi de la guerre ne relève pas d'une démarche fondamentalement différente: les Etats ayant capturé la compétence de guerre peuvent décider collectivement de la réglementer voire de la supprimer. Par le Pacte de la Société des Nations, les Etats ont accepté une « amputation »[8] de leur compétence de guerre alors qu'avec le Pacte Briand-Kellog, les Etats « s'engagent à renoncer au recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux ». Une telle perception, strictement interétatique, ne laisse pas place à la question de l'engagement de la force et la Charte des Nations Unies ne remet pas fondamentalement en cause ce schéma même si le texte apporte des innovations significatives sur deux plans. D'une part, le terme de guerre est proscrit au profit de celui, plus large, d'emploi de la force. Mais la guerre a-t-elle disparu pour autant ? Si l'on retient la distinction opérée entre guerre au sens formel et guerre au sens matériel[9], force est de constater que, dans ce second sens, la guerre considérée comme « la confrontation armée effective conduite par les armées des Etats belligérants », n'a pas disparu. D'ailleurs et d'autre part, la Charte elle-même prévoit des hypothèses dans lesquelles la guerre au sens matériel va se manifester : l'usage de la force en situation de légitime défense prévue à l'article 51 de la Charte et le recours collectif à la force dans le cadre de l'article 43. Toutefois, dans ces différentes hypothèses, les modalités de l'engagement de la force n'ont pas réellement changé : toujours, « le soldat recevait des consignes d'ouverture

---

[7] M. Fortmann, *Les cycles de mars : Révolutions militaires et édification étatique de la Renaissance à nos jours*, Paris, Economica, 2010.

[8] P. Daillier, A. Pellet, M. Forteau, *Droit international public*, 8eme ed., Paris, LGDJ, 2009, 857.

[9] Sur cette distinction, voir *Dictionnaire du Droit international*, sous la direction de J. Salmon, Bruxelles, Bruylant, 2001, 537.

du feu qu'on désignait sur le terrain … suivant la portée de l'arme principale. Le feu constituait l'essence de la bataille »[10].

Le droit du recours à la force (en réalité *jus contra bellum*) trouve-t-il alors sa seule expression dans le principe de l'article 2(4) assorti de ses exceptions ? La Charte comporte certes des éléments favorables à une évolution mais celle-ci sera surtout facilitée par l'importance conférée par le Conseil de sécurité à la notion de menace à la paix et à la sécurité internationale comme fondement de son action. Du fait de cette évolution, le droit du recours à la force présente aujourd'hui un caractère beacoup plus complexe : il apparaît comme un corps de règles, plus ou moins articulées entre elles et dont l'article 2(4) constitue le sommet. Parmi les règles qui forment cet ensemble, les ROE occupent une place particulière car elles prennent essentiellement en considération « le moment « sublime » où l'on décide de déclencher le feu »[11]. Produit de l'évolution de la conflictualité internationale, elles sont devenues un élément indispensable d'un droit du recours à la force dont elles soulignent la complexité voire les ambiguités.

1. Les ROE, réponses nécessaires à l'évolution de la conflictualité

Les ROE ont été mises au point dans des circonstances où les catégories juridiques existantes n'apparaissaient plus suffisantes pour fixer le cadre de l'emploi de la force. La guerre et la paix ont laissé place à la crise et celle-ci ne connaît pas de droit. « La situation de crise s'apparente à une situation de « guerre momentanée » en période de paix. Elle n'a pas d'existence juridique. Le droit qui prévalait avant la crise, ne prévaut plus pendant mais il prévaudra de nouveau après »[12]. Là où le *jus in bello* a su faire apparaître de nouvelles catégories juridiques pour faire face aux évolutions des conflits armés[13], *le jus ad bellum* ne pouvait faire valoir que le principe fixé par l'article 2(4) et ses exceptions. Confrontés à la question de l'engagement de la force, les militaires sur le terrain, mais également les politiques, percevaient une situation de vide juridique qu'ils entendaient combler. Ce fut l'objet des ROE dont les origines ambivalentes, aussi bien la guerre que la paix, expliquent largement les particularités.

---

[10] O. Kempf, « Règles d'engagement des règles irrégulières », *Défense nationale et sécurité collective, Revue Défense Nationale*, 730, 2010, 49.

[11] Le mot est ici employé dans son sens étymologique par le Général Thorette, « Le rôle du militaire en action sur le terrain », in *Droit des conflits armés et défense*, Paris, Ministère de la défense, 1998, 106 : « dans le monde moral, le sublime se manifeste exclusivement par l'idée de la puissance : dans ce cas, donner la mort et la recevoir ».

[12] Thorette, « Le rôle du militaire », 107.

[13] Et ce, quelles que soient les limites résultant du Protocole II de 1977 sur les conflits armés non internationaux.

1.1. *Le développement des ROE*

Apparues face à ce qui était perçu comme un vide juridique, les ROE se sont progressivement imposées comme nécessaires à l'encadrement de tout engagement de la force dans quelque contexte que ce soit[14].

1.1.1. Le contexte de l'apparition des ROE

Quelques années après l'adoption de la Charte des Nations Unies, la question de l'emploi de la force, réglée semble-t-il par son article 2(4), va se trouver en partie renouvelée par les caractéristiques propres à la guerre froide, dans laquelle les armées des deux superpuissances se font face sans pour autant se combattre. Destinées aux commandants de l'US Navy, les ROE devaient leur permettre de maîtriser les risques d'escalade lors d'éventuelles confrontations avec des navires du Pacte de Varsovie qui pouvaient tenter des manœuvres de harcèlement ou d'intimidation. Pour gérer ces situations, les commandants à la mer devaient donc disposer de directives communes sur les procèdures à suivre face aux divers comportements possibles de l'adversaire. Les ROE devaient en particulier permettre d'éviter un dérapage qui aurait pu résulter d'un engagement de la force intempestif, susceptible de déboucher sur une guerre ouverte entre les deux blocs[15]. Ce fut l'objet des *Intercept Engagement Instructions for the US Navy* de 1954. Si leur apparition dans un cadre naval s'explique aisément par le contexte particulier dans lequel les opérations sont appelées à se dérouler en mer, elles seront étendues rapidement aux forces aériennes puis terrestres américaines[16]. Les ROE apparaissent ainsi, dans un premier temps, comme un instrument destiné à maîtriser (en réalité à éviter) l'usage de la force dans des situations de tension interétatiques. Puis, elles seront mises en œuvre à l'occasion de conflits armés comme lors de la guerre du Golfe en 1990-1991 ou lors de l'intervention de l'OTAN contre la Serbie en 1999. Mais déjà, dans cette deuxième situation, l'objectif traditionnel de l'emploi de la force, annihiler l'ennemi, se compliquait d'autres paramêtres dont les forces sur le terrain devaient tenir compte : elles participaient désormais à des opérations militaires autres que la guerre (MOOTW *pour Military Operations Other Than War*)[17]. Ces opérations, qui seront conduites le plus souvent sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, présentent, du point de vue de l'engagement

---

[14] Seul sera envisagé ici le contexte international mais la problématique se retrouve pour l'engagement de la force par les unités de maintien de l'ordre dans un cadre national.

[15] F. Sanfelice di Monteforte, « La généralisation progressive des règles d'engagement dans l'OTAN », *Défense nationale et sécurité collective, Revue Défense Nationale*, 730, 2010, 31-34.

[16] G. Brouard & A. Tisseron, « Les règles d'engagement, un objet juridique ? », *Défense nationale et sécurité collective, Revue Défense Nationale*, 730, 2010, 37.

[17] L'expression apparaît en 1993 au Département de la défense des Etats Unis, M.-L. Warren, « Operational Law : A Concept Matures ? », *Military Law Review*, 1996, 33.

de la force, deux caractéristiques fondamentales. D'une part, au nom de la protection des civils et des agents humanitaires qui constituent la justification majeure de l'action de l'ONU, elles obligent les forces armées à accomplir des tâches dont certaines ne sont pas à proprement parler militaires mais relèvent davantage d'une mission de police: tenir des points de contrôle ; procéder à des contrôles d'identité ; arrêter et éventuellement détenir des auteurs d'infraction, parfois des criminels de guerre, maîtriser des mouvements de foules. L'engagement de la force n'est plus alors, parmi un ensemble d'instruments et de techniques, que le moyen ultime à la disposition du soldat pour remplir sa mission. Il n'est pas surprenant que dans ce nouvel environnement sécuritaire, les armes non létales ou à létalité réduite apparaissent comme une réponse logique mais la question du seuil de l'engagement de la force létale subsiste[18] toutefois. D'autre part, les conditions propres à ce type d'opération contribuent à reporter la décision d'engager la force à un niveau subalterne auquel il est nécessaire de concéder une marge d'appréciation discrétionnaire pour lui permettre d'adapter son comportement à la situation rencontrée. Le caporal doit alors devenir stratège car « quel que soit le type d'opérations, leur issue sera suspendue aux décisions prises par les chefs d'unité et par des actions conduites au niveau le plus bas »[19]. Dans tous les cas, que l'on soit en situation de conflit armé ouvert ou en situation de gestion de crise[20], les contraintes pesant sur l'action sont identiques. Elles résultent de la médiatisation des opérations militaires et, de ce fait, de la pression exercée par l'opinion publique et les ONG, de la nécessité, par voie de conséquence, de s'assurer sans cesse de la légitimité de l'action, et enfin de la juridicisation et de la judiciarisation de l'action des armées. De ce point de vue, comme le note un observateur éclairé, « la montée en puissance de la justice pénale internationale n'est pas pour rassurer »[21]. On mesure aisément les conséquences que peut avoir l'usage intempestif de la force létale de la part d'un caporal livré à lui même dans une opération de contrôle de foule, tant en ce qui le concerne sur le plan pénal que pour son Etat sur un plan politique et diplomatique.

Les ROE sont ainsi apparues comme des instruments juridiques nécessaires, dans une situation donnée, pour compléter l'encadrement juridique de l'emploi de la force. Les caractéristiques propres à ces règles comme la multiplicité des

---

[18] D'autant que les armes non létales ou à létalité réduite peuvent tuer et qu'elles ne permettent pas nécessairement à l' « opposant » d'apprécier le niveau de riposte auquel il s'expose ; Richet, « Réflexions : Les armes non létales, une réponse logique au nouvel environnement sécuritaire ? », *Héraclès*, 16, 2006, 28-20.

[19] Ch. Krulak, « The Strategic Corporal : Leadership in the Three Block War », *Marines Magazine*, 1999.

[20] Selon la formule de G. Fricaud-Chagnaud, « Gérer, c'est-à-dire, au-delà d'un vocabulaire pudiquement aseptisé, recourir à la force armée, et éventuellement payer le prix du sang», « Le statut juridique des actions extérieures », *Revue Défense Nationale*, 593, 1997, 55-56.

[21] Massoni, « Pour une doctrine du droit opérationnel », *Objectif doctrine*, 2000, 33.

motifs qui ont poussé à leur apparition ont conduit progressivement à leur généralisation.

1.1.2. L'émergence des ROE comme catégorie juridique

D'un acte répondant de manière pratique à une situation donnée, on est passé, avec les ROE, à une véritable catégorie juridique s'efforçant d'encadrer toutes les hypothèses d'engagement de la force. Cette généralisation du recours aux ROE s'est manifestée sur un double plan.

D'une part, les ROE trouvent désormais application dans toutes les hypothèses d'emploi de la force, que celui-ci se situe « en temps de paix ou en temps de guerre »[22], que l'emploi de la force intervienne dans le cadre du tryptique des opérations des Nations Unies (maintien de la paix, rétablissement de la paix, imposition de la paix), ou à l'initiative d'un Etat sur la base de l'article 51 de la Charte, dans les hypothèses d'intervention consentie ou d'intervention pour la sauvegarde des ressortissants. Les ROE ne sont donc plus cantonnées au contexte de la crise mais s'imposent dans toutes les situations pouvant conduire à l'engagement de la force. Elles s'ajoutent alors au cadre juridique fixé par le droit international. D'autre part, tous les espaces de l'action militaire connaissent l'utilisation des ROE. C'est naturellement le cas de l'engagement de la force sur le plan terrestre, maritime ou aérien. C'est également le cas dans l'espace extra-atmosphérique, où les conditions d'un éventuel engagement aujourd'hui ne sont pas sans rappeler celles rencontrées auparavant dans l'espace maritime, du fait de situations d'incertitude stratégiques ou technologiques, et de comportements parfois difficiles à qualifier[23]. La nécessité de ROE dans l'espace s'est donc imposée très tôt[24]. Cela semble devoir également être le cas dans le contexte de ce qu'il est convenu d'appeler la cyberguerre, même si les interrogations portant sur le cadre juridique applicable à ce type d'engagement soulève principalement des questions d'imputabilité[25]. Les ROE dans le cyber espace sont néanmoins expressément envisagées dans le *Manuel de San Remo sur les Règles d'engagement*. Même si le cyber espace apparaît comme un « environnement notionel » et les

---

22 Formule utilisée par G.-R. Phillips, « Rules of engagement : a primer », *Army Lawyer*, 1993, 14.

23 Voir L. Balmond, « L'évolution du cadre normatif de la guerre aérienne », in A.-S. Millet-Devalle (ed.), *La guerre aérienne et le droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2013 (à paraître).

24 R.L. Simeral, « A Space Strategy Imperative : Linking Policy, Force and Rules of Engagement », *Naval Law Review*, 39, 1990, 117.

25 Voir sur la question, entre autres, N. Melzer, *Cyberwarfare and International Law*, UNIDIR Resources.

opérations dans le cyber espace comme « non cinétiques », elles peuvent constituer des actes hostiles ou des intentions hostiles[26].

D'autre part, la généralisation des ROE s'est marquée par leur inscription dans une doctrine du droit opérationnel qui a contribué à les mettre en cohérence avec les autres instruments juridiques encadrant l'engagement de la force. Le concept de droit opérationnel développé en particulier aux Etats Unis[27] peut être défini comme la partie du droit interne, étranger et international destinée aux forces et qui influe de manière spécifique sur les opérations militaires[28]. Pour l'armée américaine[29], le droit opérationnel est une véritable doctrine dont la forme la plus achevée est le Manuel de droit opérationnel de 2012[30]. En 25 chapitres, il traite de questions aussi diverses que les opérations d'information, les opérations de détention le droit de l'environnement ou le droit pénal en opération. Mais, surtout, le document développe la problématique du recours à la force (ch. 1) par rapport au droit des conflits armés (ch. 2) et au droit international des droits de l'homme (ch. 3) plus particulièrement dans le contexte des conflits (ch. 4). Le chapitre 5 est alors logiquement consacré aux règles d'engagement.

Le manuel met ainsi particulièrement en évidence[31] l'architecture du recours à la force dont les règles d'engagement ne sont que le cadre de la phase ultime. Ce cadre apparaît d'ailleurs plutôt comme un corps de règles d'engagement se déclinant d'un niveau global à un niveau individuel : des conditions générales dans lesquelles un Etat ou une coalition d'Etats organise l'exercice de la contrainte jusqu'au niveau individuel où le soldat la met en œuvre[32]. Il reste néanmoins qu'à ces différents stades, les ROE présentent des caractéristiques communes, traduisant leur identité.

---

[26] Institut international de Droit humanitaire, *Manuel de San Remo sur les Règles d'engagement*, San Remo, Institut international de Droit humanitaire, 2009, 15-16 et Annexe B Série 131.

[27] La référence de base sur le sujet est D.E. Graham, « Operational Law (OPLAW)-A Concept Comes of Age », *Army Law*, 1987, 9.

[28] Massoni, « Pour une doctrine du droit opérationnel », 31, renvoyant au FM27-1000.

[29] Mais aussi pour l'armée canadienne qui le définit comme « la branche du droit national et international qui s'applique à la conduite de toutes les phases d'une opération des forces canadiennes, à tous les niveaux de commandement »; voir l'adresse suivante : http://www.forces.gc.ca/jag/law-droit.

[30] Maj. A. Gillman & Maj. W. Johnson (ed.), *Operational Law Handbook*, Charlottevilles, The Judge and Advocate's General Legal Center and School, 2012.

[31] Le Manuel de droit des conflits armés édité par la Direction des Affaires juridiques du ministère français de la Défense, comme l'indique son titre, ne remplit pas exactement les mêmes fonctions. Et, si le besoin d'une doctrine du droit opérationnel est ressenti, celui-ci devra tenir compte des « particularités françaises», Massoni, « Pour une doctrine du droit opérationnel », 32-34. Voir également 14 NSA n°292-9927(f) p. 38, voir P. Zen-Ruffinen, « Les règles d'engagement », *Revue Militaire Suisse*, avril 2006, disponible à l'adresse suivante : http://rms.easybox.ch/node/16.

[32] Voir en ce sens, J.S.T. Pitzul, « Operational Law and the Legal Professional : a Canadian Perspective », *Air Force Law Review*, 51, 2001, 314.

1.1.3. L'identité des ROE

Les conditions historiques et fonctionnelles de l'apparition du concept de ROE expliquent l'originalité de ce type d'acte que ce soit sur le plan de leur élaboration, de leur contenu ou de leur forme. Quant à leur élaboration, elle s'opère soit au niveau national soit au niveau multinational comme le précise le Règlement suisse de terminologie des règlements de conduite de l'armée qui évoque des « directives fixées à l'échelon national ou international et harmonisées entre les nations »[33]. A ces deux niveaux préexistent des catalogues de règles d'engagement[34] qui indiquent de manière permanente les conditions d'utilisation de la contrainte par des forces nationales ou par une force multinationale. Dans ce dernier cas, les ROE seront communes mais non nécessairement identiques[35] La procédure d'élaboration des ROE se déroule toujours en trois temps[36] qui ménagent la suprématie du pouvoir politique. C'est en effet l'objet même des ROE de permettre à celui-ci de conserver le contrôle de l'action, qu'il s'agisse d'un pouvoir national comme le président de la République française ou international comme le Conseil de sécurité des Nations Unies. « Le « Politique » décide, fixe les objectifs politiques de l'intervention, les impératifs, le « Militaire » répond à ces exigences »[37]. Pour cela, ce dernier va puiser dans les catalogues de ROE à sa disposition au plan national ou au plan multinational[38] pour les adapter à la mission envisagée. A ce stade, le rôle des conseillers juridiques est fondamental même si la responsabilité de la rédaction des ROE doit demeurer entre les mains des acteurs opérationnels. Dans le cadre français, les ROE sont ainsi élaborées au niveau du Chef d'Etat-major des armées, alors que dans le cadre des Nations Unies, elles sont rédigées par le conseiller militaire du Secrétaire général et le Département des opérations de maintien de la paix. Le projet de ROE qui en résulte doit alors être approuvé par le pouvoir politique.

Les règles d'engagement seront ensuite déclinées aux différents échelons opérationnels. Chaque échelon reçoit les règles autorisées par l'échelon supérieur et transmet aux subordonnés les règles d'engagement dont ils auront besoin et ainsi jusqu'au simple soldat pour lequel ces ROE, résumées à l'essentiel, sont

---

33 Voir le texte in Zen-Ruffinen, « Les règles d'engagement ».

34 Ou Standing ROE ; voir G.-S. Cornet & E.-T. Jensen, « Untying the Gordian Knot : a Proposal for Applicability of the Laws of War to the War of Terror », *Temple Law Review*, 81(3), 2008, 792-793.

35 Warren, « Operational Law », 39.

36 F. Martineau, « Les règles d'engagement en dix questions », *Doctrine*, 4, sept. 2004 ; C. Sass, « La justice militaire en France », *Archives de Politique criminelle*, 29(1), 2007, 199.

37 J.L. Monot, « Les règles d'engagement en opération extérieure et sur le territoire national, la vision de l'emploi », *Doctrine*, 6, mars 2005.

38 Pour l'ONU : *Règles d'engagement pour les opérations de maintien de la paix des Nations Unies*, UN Doc. MD/FGS/020.000, 2002 ; pour l'Union Européenne : *Use of Force for EU-led Military Crisis Management*, ESDP/PESD COSDP 342, 20 nov. 2002.

consignées dans une carte individuelle[39]. De plus, à l'occasion d'une même opération, plusieurs unités, par exemple parce qu'elles relèvent d'armes différentes, pourront également ne pas être assujetties à des ROE identiques. Enfin, en fonction de l'évolution du contexte et/ou de la mission et/ou de la menace, les ROE devront être adaptées[40]. Les ROE sont donc toujours multiples sans pour autant qu'apparaisse un risque de contradiction[41].

Le caractère à la fois politique, militaire et juridique des ROE est de nature à leur donner un contenu quelque peu composite, qui pourra se définir de manière aussi bien négative que positive. Elles ne sont pas des instructions tactiques et ne doivent pas contenir de consignes relatives à la sécurité de mise en œuvre des armements. Il ne s'agit pas non plus d'un rappel des obligations résultant du droit des conflits armés[42]. Les ROE doivent également être distinguées des règles de conduite tactique et des règles de comportement. Les premières fixent les procédures à suivre dans des situations tactiques particulières (par exemple, établissement d'un point de contrôle routier ou organisation d'une escorte). Les secondes définissent les comportements à adopter vis-à-vis de certains groupes (autorités religieuses, autorités coutumières) mais également vis-à-vis des ONG ou des media.

Sur un plan positif, et de manière générale, les ROE définissent quand et où la force peut être utilisée, puis, dans les conditions ainsi définies, contre qui elle peut l'être et selon quelles modalités pour atteindre le but recherché. Elles comportent à la fois des autorisations et des interdictions qui seront commandées par le contexte de la mission. Elles définissent d'une part les actions militaires qui peuvent être conduites discrétionnairement par un commandant dans certaines circonstances à moins qu'un nouvel ordre explicite d'une autorité supérieure ne vienne les annuler (on parlera dans ce cas de commandement négatif), d'autre part les actions militaires qui peuvent être menées par un commandant seulement s'il y est autorisé par un ordre ultérieur d'une autorité supérieure (on parlera alors de commandement positif)[43]. L'encadrement est souvent très précis

---

[39] On en trouvera de nombreux exemples dans le *Rules of Engagement (ROE) Handbook for Judge Advocate*, Charlottesville, Center for Law and Military Operations, 2000, au niveau de la division (Appendice B) comme au niveau du simple soldat (appendice C). On pourra par exemple utilement comparer entre autres les ROE applicables à la1ere division de cavalerie US en Bosnie d'août 1998 et la carte du soldat participant à la SFOR en Bosnie en date du 20 décembre 1996.

[40] Voir les exemples données par Warren, « Operational Law », 39-40 concernant les ROE applicables aux forces des Etats Unis dans les opérations en Somalie, en Haïti et en Macédoine.

[41] Voir ci-dessous.

[42] Même si cela est parfois le cas au risque de confusion quant à la portée d'un certain nombre de dispositions.

[43] S.D. Sagan, « Rules of Engagement », in A.L. George (ed.), *Avoiding War, Problems of Crisis Management*, Boulder, Westview Press, 1991, 444.

lorsque par exemple sont fixées les limites géographiques de l'engagement de la force[44] ou les cibles déterminées de manière sélectives[45].

Le contenu des ROE est particulièrement mis en évidence lorsque l'on considère une « carte du soldat ». Ainsi, dans le cadre de l'opération de l'IFOR en Bosnie *Decisive Endeavour*[46], après le rappel de l'objet de la mission, les ROE mentionnent prioritairement la légitime défense, puis les règles générales applicables (dont certaines comme le traitement des blessés, amis ou ennemis se bornent à rappeler les dispositions du droit des conflits armés). Elles fournissent ensuite les directives nécessaires quant à l'attitude à adopter face aux provocations, quant au déclenchement de tirs de semonce puis, dans le détail, les conditions dans lesquelles le feu peut être ouvert à partir de l'analyse de quelques situations. Il s'agit toutefois d'une possibilité (« you may » et non pas « you should ») qui suppose de plus de respecter un principe de force minimum traduisant en réalité l'application du principe de proportionnalité[47].

L'intérêt des cartes du soldat, toujours élaborées dans un esprit identique, est, entre autres, de mettre en évidence la finalité qui est bien le contrôle de l'engagement de la force létale. Celui-ci est possible à certaines conditions que prévoient les ROE mais si, et seulement si, tous les autres moyens non létaux ont échoué dans le cadre d'une situation donnée. C'est donc un maillage très serré de directives qui pèse sur le militaire en opération, encore renforcé par l'existence d'instructions spéciales (*SPINS pour Special Instructions*). Celles-ci se distinguent des ROE qui restent toujours des mesures générales et abstraites, synthèse entre facteurs politiques militaires et juridiques alors que les instructions spéciales vont commander le recours à la force dans une situation donnée. Elles pourront ainsi encadrer les conditions d'exécution d'un soutien aérien sollicité par une troupe au sol ce qui est de nature à soulever de très délicats problèmes juridiques lorsque par exemple le soutien aérien demandé émanera d'un Etat qui n'a pas souscrit les mêmes engagement internationaux que celui dont relèvent les troupes au sol[48].

---

44 Comme lors de la campagne « Tonnerre Roulant » durant la guerre du Viet Nam, les frappes aériennes de l'aviation américaine étant limitées par un rayon de 30 miles à partir du centre de Hanoï, 10 miles à partir du centre de Haïphong et 30 miles par rapport à la frontière chinoise ; R.M. Reed, « Chariots of Fire : Rules of Engagement in Operation Deliberate Force », in R. Owen (ed.), *Deliberate Force : A case study in effective air campaining*, Maxwell Airforce Base, Air University Press, 2000, 397-445.

45 Voir les exemples cités par Sagan, « Rules of Engagement », 448-449.

46 *Rules of Engagement, Handbook for Judge Advocate*, Annexe C 8.

47 Dans la carte examinée, on retrouve toutefois, au titre de la force minimum, l'interdiction d'attaquer les biens exclusivement civils sauf s'ils sont utilisés à des fins militaires, disposition consacrée par le droit des conflits armés.

48 Ainsi de l'aviation américaine pouvant mettre en œuvre les armes à sous munitions contrairement aux forces françaises.

On mesure à ces différents éléments, que les ROE balancent toujours entre deux objectifs contradictoires : permettre l'usage de la force nécessaire à l'accomplissement de la mission tout en évitant la force superflue. De ce fait, si les ROE sont trop restrictives, ce qui sera souvent la tentation du politique, le militaire sera entravé dans son action ce qui peut conduire à l'échec de la mission. Au contraire, des ROE trop souples peuvent faciliter l'escalade de la violence et donc empêcher d'atteindre les objectifs politiques qui étaient fixés[49].

Si la pratique a donc imposé progressivement les ROE, elle a aussi contribué à leur développement pour aboutir à une particulière sophistication. De ce fait, tout acte d'engagement de la force est sensé être aujourd'hui sous un contrôle étroit dont les ROE ne sont que l'élément le plus tangible. Il faut en effet encore y ajouter les enregistrements, video ou audio qui aboutissent à mettre le simple soldat sous le contrôle direct de sa hiérarchie[50]. Les ROE apparaissent désormais comme l'élément indispensable pour remplir une mission qui ne consiste plus uniquement à mettre un adversaire hors de combat ou à prendre le contrôle d'un territoire. Elles viennent ainsi compléter un dispositif fondé sur l'article 2(4) et contribuent à l'émergence d'un droit du recours à la force. Mais, du fait de leur nature composite, leur apport reste encore problématique.

2. Les ROE, éléments problématiques de l'édification d'un droit du recours à la force

Dans des conditions de conflictualité militaire qui ont profondément évolué, les ROE sont devenues indispensables, tant pour des raisons politiques que juridiques pour encadrer l'engagement de la force. On en voudra pour preuve le fait qu'aujourd'hui leur utilisation dépasse le seul contexte des pays développés et des forces internationales. Pour autant, si l'on se situe sur un terrain purement juridique, du fait de leurs caractéristiques propres, leur contribution à l'ordonnancement d'un droit du recours à la force reste limitée.Cela résulte des incertitudes qui touchent à leur nature juridique comme à leurs effets.

2.1. *Les incertitudes quant à la nature des ROE*

L'acte ROE, s'il s'est généralisé, demeure toujours aussi difficile à appréhender lorsque l'on s'interroge sur sa nature. La qualification apparaît peu décisive et l'appartenance même des ROE au monde du droit est sujette à discussion.

---

[49] Voir les exemples donnés disponibles à l'adresse suivante : http://www.answers.com/topic/rules-of-engagement : dans le premier cas, les ROE des forces des Nations Unies au Rwanda avant le génocide ; dans le second, et dans un cadre interne, les ROE des forces de sécurité britanniques lors de la mort de J. de Menezes, abattu par erreur le 22 juillet 2005 après les attentats terroristes de Londres.

[50] Situation d'ailleurs parfois critiquée par les militaires ; voir M. Yakovleff, « ROE et tactique : l'honneur au service de la complexité », *Défense nationale*, 731, 2010, 87-94.

2.1.1. Les éléments formels de la définition des ROE

Que l'on envisage la qualification retenue pour les ROE ou les considérations organiques qui leurs sont propres, elles n'apparaissent pas susceptibles de fournir une définition précise de leur nature juridique.

La recherche de la nature des ROE conduit d'abord à tenter de tirer des conclusions de la qualification retenue. Or, de ce point de vue, si l'on peut constater qu'il n'existe pas de différences entre la terminologie française (Règles d'engagement) et la terminologie anglo-saxonne (*Rules of Engagement*), il est toutefois impossible de tirer des conséquences de la qualification de règles qui peuvent relever de champ conceptuel très différents. On peut alors se tourner vers la doctrine qui, s'efforçant de faire entrer les ROE dans des catégories préexistantes, retient très généralement la qualification de directive (*guideline*). Il ya là une qualification bien connue du droit français et qui n'est pas ignorée en droit international même si elle apparaît d'une nature différente. Le Dictionnaire du Droit international ne les envisage que comme une instruction d'un organe d'une organisation internationale adressée à un autre ou dans le cadre spécifique du droit européen[51]. Néanmoins, l'acte baptisé directive apparaît comme présentant des caractéristiques identiques quel que soit le système juridique dans lequel il se manifeste. Il s'agit toujours d'un acte « destiné à orienter l'action de ses destinataires tout en leur laissant la charge et la responsabilité de l'exécution »[52]. L'intérêt de la ROE et son originalité c'est donc bien d'encadrer la liberté de l'exécutant qui dispose certes du pouvoir d'adapter la mesure aux circonstances de l'espèce mais uniquement dans le cadre du respect des dispositions du droit international. La directive exerce donc une fonction de « guidage », « laissant une marge de liberté à son utilisateur et assurant la communication entre deux organes dont l'un [...] peut par son intermédiaire influencer l'attitude de l'autre »[53]. Les ROE qui laissent la possibilité à l'exécutant d'adapter son comportement à la situation rencontrée paraissent donc bien s'inscrire dans la catégorie des directives. Une nuance importante doit cependant être apportée : les ROE étant pour partie prescriptives dans la mesure où elles comportent une (des) interdiction(s), leur nature de directive n'est que partielle, ne valant que pour les dispositions qui laissent l'initiative au subordonné. Ainsi, la qualification n'éclaire que très partiellement sur la nature des ROE.

Il en va de même si celles-ci sont envisagées d'un point de vue organique. On notera certes que leur adoption par un organe politique est décisive même si leur élaboration est l'apanage des militaires (et des diplomates). Elles ne sont susceptibles de produire éventuellement des effets juridiques qu'une fois endossées par le pouvoir politique national ou international. En résulte-t-il alors l'apparition d'un acte juridique et de quelle nature ? En droit national, les ROE émanent

---

51 Salmon, *Dictionnaire du droit international*, 343.
52 P. Delvolvé, « La notion de directive », *Actualité juridique droit administratif*, 1974, 459.
53 P. Pavlopoulos, *La directive en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1978, 9.

de l'autorité politique habilitée à prendre des actes juridiques en vertu de ses pouvoirs constitutionnels dans le domaine militaire. Ainsi en est-il du président de la République française, chef des armées. Pour autant, la décision prise ne semble pas entrer dans la nomenclature des actes juridiques que le président est habilité à prendre par la constitution du 4 octobre 1958. Dès lors, si l'intervention décisive du chef de l'Etat ne saurait être totalement indifférente quant aux effets juridiques produits par les ROE, elle n'éclaire pas pour autant sur leur véritable nature juridique. Il en va de même dans les hypothèses où les ROE sont adoptées dans le cadre d'une organisation internationale. Destinées aux Etats membres, elles ne sauraient produire d'effets juridiques sans que ceux-ci soient explicitement prévus par le traité constitutif. La pratique révèle, qu'il s'agisse de l'ONU ou de l'Union européenne, que les ROE, résultant d'un processus d'adoption particulier, n'entrent d'ailleurs pas dans la nomenclature des actes dérivés. Le Secrétaire général peut certes adopter des circulaires mais elles présentent une nature juridique très différente de celle des ROE[54]. Les ROE sont elles alors pour autant des actes juridiques ?

2.1.2. Les ROE, actes juridiques ?

Le rapport des ROE au droit est présenté, au moins dans le cadre français, de manière particulièrement incertaine. Pour la plupart des auteurs, « bien qu'elles fassent souvent référence à des textes de droit, elles ne sont pas des normes juridiques au sens propre du terme »[55] Selon G. Brouard et A. Tisseron, « les règles d'engagement ne peuvent pas relever du droit » par le fait qu'elles sont édictées par une autorité militaire agissant dans un cadre fixé par le président de la République, chef des armées, ou par un organe exécutif délégué dans le cadre de l'ONU, de l'OTAN ou de l'UE, ceuxci n'agissant pas en tant que détenteurs de la puissance publique[56]. Selon C. Bergeal, les règles d'engagement « constituent, en droit, des ordres du commandement »[57] qui du fait de leur classification, ne peuvent être invoquées devant un tribunal. Pour C. Saas, enfin, « leur valeur juridique est nulle » et dès lors tout risque d'incompatibilité entre les ROE et le droit interne serait écarté. Les arguments très divers permettant de nier la portée juridique des ROE n'emportent pas nécessairement l'approbation. En particulier, il est contestable de considérer que l'auteur de l'acte n'est pas détenteur de la puissance publique : si les ROE sont élaborées par une autorité militaire, elles

---

54 Ce que confirme la circulaire du Secrétaire général sur le *Respect du droit international humanitaire par les Forces des Nations Unies*, UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6 août 1999.

55 L. Grasset, « Les règles d'engagement, un guide indispensable de l'action militaire », *Défense nationale*, déc. 2000, 101. Le titre du développement est pourtant « Des règles techniques qui concentrent les normes politiques et juridiques applicables ».

56 Brouard & Tisseron, « Les règles d'engagement », 36.

57 C. Bergeal, « Nouveau cadre juridique de l'emploi de la force en opérations extérieures », *Défense nationale*, juil. 2005, 98.

sont approuvées par une autorité politique qui en fait un acte de l'Etat ou un acte de l'Organisation[58]. Si cela ne règle pas la question de la nature juridique exacte des ROE, ce n'est pas sans incidences sur les conséquences juridiques qui peuvent être tirées de leur mise en œuvre[59].

Pour autant, tous les auteurs mettent l'accent à des degré divers sur la dimension malgré tout juridique des ROE. Comme le reconnaissent, G.Brouard et A.Tisseron, « bien que ne relevant pas du droit, les règles d'engagement présentent en cela les caractéristiques d'un objet juridique « La ressemblance est telle que l'on pourrait être tenté d'en faire un objet hybride à mi-chemin entre règle de droit et ordre »[60]. Fait juridique, acte juridique, norme juridique, ces hésitations peuvent être levée en faisant référence aux travaux de J.P. Jacqué qui distingue clairement les trois notions[61] et définit l'acte juridique comme la manifestation de volonté imputable à un ou plusieurs sujet de droit ayant pour objet la production d'effets de droit pouvant être mais pas nécessairement la création d'une norme[62]. Trois éléments sont ainsi pris en considération : un élément organique, un élément intentionnel et un élément matériel. Concernant, les ROE, l'existence des deux premiers éléments est difficilement contestable si l'on admet que ces actes tirent leur existence et leur portée de la volonté d'un organe politique. Produisent-ils alors des effets juridiques ? Il semble difficile d'écarter d'emblée cette possibilité dans la mesure où les ROE ont une dimension partiellement prescriptive et où leur finalité, encadrer le droit de recourir à la force, ne peut les départir de la production de certains effets juridiques. Ceci est d'ailleurs confirmé par leur organisation qui s'inspire directement de la hiérarchie des normes juridiques. Les ROE d'un niveau inférieur doivent en effet être en adéquation avec le niveau supérieur afin de maintenir la cohérence de l'ensemble. Le fait qu'il s'agirait d'actes du commandement dont le non respect relèverait uniquement des procédures disciplinaires ne saurait enfin les soustraire au droit, puisqu'ils resteraient, dans tous les cas, au moins soumis au droit disciplinaire. On peut donc en conclure que les ROE ne sont et ne sauraient être étrangères au droit, ce qui ne résout pas pour autant la question de leur invocabilité[63] et conduit naturellement à des interrogations quant à leurs effets juridiques.

---

58 Voir en ce sens C. Saas, « La justice militaire en France », *Archives de Politique Criminelle*, 29(1), 2007, 199.

59 Voir ci-dessous.

60 Brouard & Tisseron, « Les règles d'engagement », 36.

61 J.-P. Jacqué, « Actes et normes en droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 227, 1991, 372-389.

62 Définition retenue également par le *Dictionnaire de droit international*, 30.

63 Voir ci-dessous.

2.2. *Les incertitudes quant aux effets des ROE*

Actes de droit interne, qu'il s'agisse du droit de l'Etat ou du droit de l'organisation internationale, les ROE s'inscrivent néanmoins nécessairement dans un contexte défini par le droit international puisqu'elles ont pour finalité d'encadrer l'usage de la force. Ce contexte repose sur une pluralité de dispositifs juridiques auxquelles ellees sont subordonnées. Dans cet ensemble juridique complexe, leur fonction doit être précisée pour mesurer les conséquences qui peuvent en être tiré sur le plan de la responsabilité.

2.2.1. La fonction des ROE dans un ensemble juridique complexe

L'originalité première des ROE consiste en ce qu'elles doivent satisfaire à des exigences, politiques, militaires et juridiques déterminées au premier chef d'un point de vue national. Dans le cadre d'une action militaire extérieure, s'y ajoutent néanmoins des exigences propres au droit international, droit de la Charte des Nations Unies, en particulier le respect du principe de l'interdiction du recours à la force, mais également droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme, mais aussi, éventuellement propres au droit régional. L'architecture juridique qui en résulte est relativement simple si l'emploi de la force s'inscrit dans le cadre de la mise en oeuvre du droit naturel de légitime défense par un Etat en vertu de l'article 51 de la Charte. Dans ce cas, l'Etat va édicter selon ses procédures nationales des ROE à destination de ses troupes. Il est libre de leur contenu sous réserve de ne pas enfreindre les engagements internationaux auxquels il a souscrit. La situation est plus complexe si l'on se trouve dans les hypothèses de la sécurité collective organisée par la Charte. Dans le cadre d'une opération conduite par les Nations Unies, l'usage de la force résultera d'une résolution du Conseil de sécurité suivant une disposition devenue habituelle consistant à autoriser la mission « à user de tous moyens nécessaires dans la limite de ses capacités et dans ses zones de déploiement pour s'acquitter du mandat défini »[64]. Cette autorisation sera complétée par des ROE adoptées dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, elles mêmes complétées ou amendées par des ROE nationales, l'ONU ayant nécessairement recours à des contingents nationaux[65]. Les opérations conduites sous l'égide des Nations Unies sont toutefois désormais le plus souvent multidimensionnelles et mobilisent de ce fait

---

[64] Pour un exemple récent, Conseil de Sécurité, *Résolution 2100*, UN Doc. S/RES/2100(2013), 25 avril 2013, le mandat assigné à la MISMA étant notamment de rétablir l'autorité de l'État dans tout le pays, d'écarter les menaces et de prendre activement des dispositions afin d'empêcher le retour d'éléments armés en particulier dans les agglomérations et le nord du pays.

[65] Notons toutefois que la même résolution permet à l'armée française d'intervenir « en soutien d'éléments de la Mission en cas de danger grave et imminent, à la demande du Secrétaire général ».

plusieurs sujets du droit international. Ce sont alors des Etats membres ou des acccords ou organismes régionaux qui peuvent être autorisés par le Conseil de sécurité à prendre « toutes les mesures nécessaires pour accomplir les missions qui leur sont assignées par la résolution »[66]. L'intervention d'un organisme régional exige dans ce cas une décision unilatérale de l'organe compétent, par exemple dans le cadre de l'Union européenne, le Conseil[67] et conduit à l'édiction de ROE propres à ce niveau de décision politico-militaire. L'architecture juridique s'en trouve donc sérieusement compliquée.

On notera enfin que si l'opération, conduite par l'ONU ou déléguée, est accomplie avec l'assentiment de l'Etat sur lequel la mission est déployée, un accord sur le statut des forces (ou SOFA) devra être conclu, précisant en particulier le régime de l'immunité de juridiction et d'exécution de la mission et de son personnel sur le territoire de l'Etat hôte mais aussi les conditions dans lesquelles la force peut être engagée. L'opération EUTM Mali offre là encore un exemple intéressant. Alors que la mission, limitée au conseil et à l'entrainement, « ne participe pas à des opérations de combat », l'article 13(2) du SOFA dispose néanmoins que « l'EUTM Mali est habilitée à prendre sur le territoire terrestre de l'Etat hôte, les mesures nécessaires, y compris l'usage de la force nécessaire et proportionnée pour protéger ses personnels, installations, ressources et moyens de transport »[68].

Dans le cadre ainsi défini, les ROE semblent dès lors remplir un triple rôle. Elles contribuent d'abord à réaffirmer les règles de droit international applicables par les différents sujets, notamment au profit des niveaux subalternes de responsabilité sans pour autant altérer la portée juridique de la norme. Elles permettent ensuite la mise en œuvre du droit international, plus particulièrement les dispositions qui encadrent le recours à la force, tant du point de vue du jus ad bellum que du jus in bello. Enfin, elles sont de nature à donner, des règles de droit international, l'interprétation retenue par un Etat dans des circonstances données. Le traitement de la légitime défense par les ROE est à cet égard tout à fait illustratif. Au delà de la formule de l'article 51 de la Charte mais différemment des solutions résultant du droit pénal interne, les ROE dessinent un périmètre de l'usage de la force en situation de légitime défense tout à fait original mais propre à chaque Etat. Ainsi, aux Etats Unis[69], les ROE prévoient-elles, en dehors de la

---

66 Ainsi, dans le cas de la *Résolution 1973* sur la Libye, UN Doc. S/RES/1973(2011), 17 mars 2011, l'autorisation d'emploi de la force vise la protection des civils et l'établissement d'une zone d'exclusion aérienne à l'exclusion de tout déploiement de troupes au sol.

67 Dans le cas de la mission militaire de formation des forces maliennes (EUTM Mali), Décision 2013/34 PESC du Conseil du 17 janvier 2013.

68 Voir le texte de l'Accord, Conseil de l'Union européenne, 6047/13, Bruxelles, 19 février 2013.

69 Gillman & Johnson, *Operational Law Handbook*, 4-6 et aussi Sagan, « Rules of Engagement », 44 ; R.-L. Simeral, « A Space Strategy Imperative: Linking Policy, Force, and Rules of Engagement », *Naval Law Review*, 39, 1990, 120.

légitime défense personnelle, la légitime défense de l'Unité et la légitime défense de la Nation qui visent respectivement à protéger en cas d'actes ou d'intentions hostiles à leur encontre, d'une part une unité américaine ou un de ses membres, d'autre part l'Etat, ses forces armées, et dans certaines circonstances les nationaux civils, leur propriété et les biens commerciaux américains. On mesurera les différences sensibles existant avec le Manuel français du droit des conflits armés pour lequel la légitime défense des individus est « le fait justificatif permettant de riposter à la force actuelle et illicite dirigée contre les personnes ou dans certains cas contre les biens. Cependant, l'agression doit être réelle actuelle et injuste et la réaction nécessaire et proportionnée… En aucun cas la légitime défense n'autorise l'homicide volontaire pour défendre des biens »[70].

La pratique conduit ainsi à une double conclusion. Si le dispositif juridique dans lequel s'insèrent les ROE est complexe, le phénomène se trouve aggravé par les incertitudes tenant à leur nature et à leur portée, mais également au caractère variable de leur contribution à la mise en œuvre du droit international et de leurs rapports au droit national. Dès lors, face à ce risque d'insécurité juridique, les Etats, dans le cadre d'opérations multinationales et pour se prémunir de toute contradiction entre les ROE multilatérales auxquelles ils ont souscrit et leur droit national, vont multiplier les *caveat*. Tous ces éléments contribuent à obscurcir l'impact des ROE sur le droit de la responsabilité.

2.2.2. L'impact des ROE sur le droit de la responsabilité

Les incertitudes rencontrées quant à la définition de la nature et de la portée juridique des ROE ont naturellement des incidences sur leur influence sur le terrain de la responsabilité, d'autant que celle-ci doit être envisagée du point de vue du droit interne comme du droit international, plus particulièrement examiné ici. En droit interne[71], on retiendra que, de par leur nature, les ROE ne sauraient avoir d'effets sur la responsabilité pénale des militaires du fait de la primauté de la législation interne et notamment pénale. Il en a résulté une insécurité juridique pour les exécutants, particulièrement évidente en droit français. Les militaires en opérations extérieures, dans des situations « autres que la guerre », se voyaient en effet soumis à des dispositions pénales faites pour le temps de paix sur le territoire national[72]. Et ainsi, qu'un militaire ait respecté les ROE ou les aient

---

[70] *Manuel de droit des conflits armés*, 83.

[71] Voir sur cette question, M. Ubeda-Saillard, « L'invocabilité en droit interne des règles d'engagement applicables aux opérations militaires multilatérales », *Revue Générale de Droit International Public*, 108(1), 2004, 149-176.

[72] Outre Fricaud-Chagnaud, « Le statut juridique des actions extérieures », voir également E. Spiry, « La légalité des interventions extérieures de la France », *Défense nationale et sécurité collective*, 1998, 45-55 ; J.L. Monot, « Les règles d'engagement en opération extérieure et sur le territoire national : la vision de l'emploi », *Doctrine*, 6, mars 2005, 22-24.

enfreintes[73], il pouvait être poursuivi sur la base des dispositions du Code pénal. Les ROE, considérées comme des autorisations administratives, ne faisant pas de plus l'objet d'une publication, ne pouvaient en effet écarter la législation pénale et assurer éventuellement l'irresponsabilité des militaires qui les auraient respectées. Cette situation explique l'insertion, dans le nouveau statut général des militaires entré en vigueur le 1et juillet 2005, d'un article 17(2) aux termes duquel, « n'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération militaire se déroulant à l'extérieur du territoire français exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée, ou en donne l'ordre lorsque cela est nécessaire à l'accomplissement de sa mission »[74].

Envisagé sous l'angle de la responsabilité en droit international, l'impact des ROE peut être apprécié de deux points de vue : quant aux incidences de ROE contraires au droit international sur la responsabilité des sujets du droit international et quant aux incidences des ROE sur la responsabilité des personnes physiques. S'il apparaît difficile d'envisager qu'un Etat (et a fortiori une organisation internationale)[75] rédige des ROE délibérément contraires au droit international, une telle contradiction pourrait néanmoins résulter d'interprétations divergentes sur le sens et la portée d'une norme de droit international, notamment coutumier[76]. Dès lors, la question se poserait de déterminer si des ROE, contraires à une norme de droit international, constituent un fait internationalement illicite de nature à engager la responsabilité de son auteur. Si le caractère de norme juridique des ROE peut être discuté, par contre, « en tant qu'élément d'un comportement étatique, (elles) peuvent être assimilé(e)s à des faits juridiques susceptibles de produire des effets internationaux de droit »[77] et donc être constitutives d'un

---

[73] Voir les explication données sur Legal Advisers in Armed conflict : *Quelques réflexions en matière de droit opérationnel (règles d'engagement)* disponible à l'adresse : http://www.legaladvisersinarmedconflicts.com ; voir également Saas, « La justice militaire en France », 191-194.

[74] Voir les commentaires de Bergeal, « Nouveau cadre juridique », 95-99.

[75] Même si naturellement une organisation internationale peut violer le droit international ce qui, pour la doctrine dominante, a été le cas de l'action de l'OTAN au Kosovo en 1999. P. Picone, « La guerra del Kosovo e il diritto internazionale generale », *Rivista di diritto internazionale*, 2000, 309-360 et les références citées.

[76] On en voudra pour preuve la réaction des juristes de l'administration américaine à l'étude sur le droit international humanitaire coutumier réalisée sous l'égide du CICR, J.-M. Henckaerts & L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; voir pour les positions du Département d'Etat et du Département de la défense des Etats Unis, *American Society for International Law-International Law In Brief*, 22 mai 2007 et la réponse de J.-M. Henckaerts, *American Society for International Law-International Law In Brief*, 9 août 2007 ; voir aussi C. Emanuelli, « L'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier : la coutume en question », *Revue Générale de Droit International Public*, 110(2), 2006, 435-444.

[77] J. Combacau & S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2012, 95.

fait internationalement illicite. Mais alors, à quel sujet de droit imputer ce fait illicite ? Dans une opération simple impliquant seulement un Etat (ou éventuellement une organisation internationale), le fait lui sera naturellement imputé. Le sujet pourra toutefois tenter d'arguer du fait que son agent a agi *ultra vires*, alors même que les ROE lui confère la possibilité d'adapter son action aux circonstances. Cela ne saurait cependant jouer dans l'hypothèse d'une violation du droit international humanitaire. Aux termes de l'article 91 du Protocole I en effet, « la Partie au conflit qui violerait les dispositions des conventions ou du présent protocole … sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées ». Ce principe, qui a acquis valeur coutumière[78], permet donc d'imputer à l'Etat toutes les violations du droit international humanitaire, même celles résultant de comportements *ultra vires.*

Si par contre la mise en œuvre des ROE s'inscrit dans le cadre d'une opération complexe reposant sur une autorisation donnée par l'Organisation des Nations Unies à un Etat ou à une organisation internationale, l'imputation résultera de la réponse à l'interrogation désormais classique quant au type de contrôle exercé par l'ONU sur la mise en œuvre de l'opération[79]. Les ROE permettent sans doute de la poser néanmoins en termes particuliers car elle peuvent constituer un élément significatif de ce contrôle. On pourrait considérer en effet que, si des ROE établies par une organisation internationale ne respectent pas le droit international, leur mise en œuvre par des ROE nationales ne permettrait pas d'imputer une responsabilité à l'Etat, pour autant que celui-ci ait utilisé la possibilité d'émettre des *caveat* à l'encontre des dispositions litigieuses. Si par contre, l'Etat n'a pas mis en œuvre le pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour se soustraire à l'application de ce type de dispositions, sa responsabilité pourrait alors être engagée, au titre d'une double attribution de comportement débouchant sur une responsabilité partagée avec celle de l'organisation ayant autorisée l'opération. Des exigences pratiques devraient d'ailleurs conduire à envisager favorablement une telle solution[80]. Le contexte propre aux opérations complexes tend en effet à rendre particulièrement difficile l'imputation des comportements[81], et les exigences de l'effectivité à mettre en évidence le rôle des Etats. La dissociation du commandement opérationnel et du commandement organique est souvent

---

78 Cour Internationale de Justice (CIJ), *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, CIJ Recueil 2005, para. 214.

79 Pour des analyses récentes, voir F. Lozanorios, *L'attribution de la responsabilité aux organisations internationales dans le cadre des opérations de paix : le nouveau droit de la responsabilité des organisations internationales à l'épreuve de l'externalisation du maintien de la paix*, Thèse, Lyon III, mai 2013.

80 Contra, Lozanorios, *L'attribution de la responsabilité*, 221-230.

81 Voir en ce sens, L. Condorelli, *Le statut des forces des Nations Unies et le droit international humanitaire*, in C. Emmanuelli (ed.) *Les casques bleus, policiers ou combattants ?*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1997, 94ss.

virtuelle, et ce sont parfois les Etats eux-mêmes qui établissent le mandat qui va fonder leur action[82], avant d'édicter des ROE nationales ou d'opposer des *caveat* à des ROE émanant d'une organisation internationale. Une responsabilité partagée peut apparaître alors comme une solution de nature à garantir les droits des victimes Et, si elle semble pénalisante pour l'organisation de laquelle émane l'autorisation, elle devrait pousser celle-ci à exercer un contrôle strict sur les conditions de sa mise en œuvre, l'autorisation étant trop souvent perçue comme un blanc seing[83].

Les ROE suscitent également des interrogations quant à leurs effets possibles sur la responsabilité pénale des personnes physiques en droit international, révolutionnée par le développement des juridictions pénales internationales et singulièrement par la mise en place de la Cour Pénale Internationale. Envisagées dans leur dimension militaire, il n'est pas contesté en effet que les ROE constituent des ordres du commandement. Elles formalisent ainsi, du point de vue de l'engagement de la force, les rapports hiérarchiques qui existent dans les armées. Or, le statut de la CPI accorde une importance tout à fait particulière aux rapports hiérarchiques notamment dans ses articles 28 et 33. Quel est alors l'impact des ROE sur les dispositifs mis en place par ces deux dispositions , la première permettant d'engager la responsabilité du supérieur hiérarchique pour les actes de ses subordonnés, la seconde d'exonérer le subordonné ayant agit sur ordre du supérieur hiérarchique.

L'article 28 du Statut de la CPI traite de la « responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques » en cas de crimes commis par des personnes placées sous (leur) contrôle et commandement effectifs ou sous (leur) autorité et (leur) contrôle effectif »[84]. Elle crée à leur encontre une obligation de réprimer qui ne fait que succéder à une obligation de prévenir. Celle-ci doit pouvoir s'entendre également de l'édiction et du contrôle du respect de ROE. Ces actes qui émanent toujours d'un « chef militaire », et donc également du chef de l'Etat

---

82 Comme dans le cas de l'Opération Turquoise déclenchée par la France au Rwanda sur la base de la résolution 929 du 22 juin 1994 et reposant sur un mandat et naturellement des ROE dont on peut dire qu'ils ont été imposés à l'ONU par Paris ; voir en ce sens, L. Balmond, *Les fondements juridiques des interventions militaires françaises en Afrique* in L. Balmond (ed.), *Les interventions militaires françaises en Afrique*, Paris, Pedone, 1998, 27-28.

83 Même s'il y a naturellement d'autres causes, l'impuissance du Conseil de sécurité face à la crise syrienne résulte aussi de la possibilité qu'ont eu certains membres permanents de plaider, avec quelques raisons, le non-respect par l'OTAN et ses Etats membres des limites qui leur étaient imposées par la résolution 1973 du 17 mars 2011 pour agir militairement contre les forces du colonel Kadhafi ; Chronique des faits internationaux, *Revue Générale de Droit International Public*, 115(2), 2011, 568-570.

84 C. Laucci, *Commentaire de l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale*, in J. Fernandez & X. Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Paris Pedone, 2012.

lorsqu'il est chef des armées sont, en effet, destinés à encadrer l'engagement de la force pour permettre au chef militaire de maintenir les subordonnés dans le respect des objectifs politiques fixés à la mission mais également dans le respect du droit international. En l'absence de ROE ou face à des ROE insuffisantes, la responsabilité du supérieur doit pouvoir être engagée. En effet, l'obligation de prévenir est toujours envisagée de manière large. C'est ce qui résulte par exemple de l'interprétation de l'article 86 du Protocole 1 aux Conventions de Genève dont les commentateurs estiment qu'elle va jusqu'à l'obligation de diffuser les Conventions et les Protocoles de telle manière que ces intruments soient connus des forces armées[85]. La Cour pénale internationale a été conduite à donner une interprétation toute aussi large de l'article 28 dans l'affaire Bemba en considérant que le devoir d'empêcher obligeait à « s'assurer d'obtenir des rapports indiquant que les opérations militaires ont été menées conformément au droit international » et « ordonner de mettre la conduite des opérations en conformité avec les règles de la guerre »[86]. S'il est considéré que de telles obligations générales sont de nature à engager la responsabilité du chef militaire, il est difficile de concevoir que des ordre du commandement encadrant l'engagement de la force n'ait pas le même effet. En laissant les subordonnés sans consignes (absence de ROE) ou en ne leur donnant que des consignes insuffisantes, le chef militaire rendrait en effet possible un engagement de la force au-delà de ce que le droit international autorise.

Le jeu du pouvoir hiérarchique peut aussi intervenir en faveur du subordonné en l'exonérant éventuellement de sa responsabilité. C'est l'objet de l'article 33 du Statut de la CPI qui traite de l' « ordre hiérarchique et de l'ordre de la loi ». Ainsi, le crime commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur militaire ou civil n'exonère pas son auteur sauf si la personne avait l'obligation légale d'obéir aux ordres en questions, qu'elle n'ait pas su que l'ordre était illégal et que l'ordre n'ait pas été manifestement illégal. Les ROE étant considérées au moins comme des ordres du commandement, peuvent elle exclure la responsabilité du subordonné au motif qu'il se serait borné à exécuter les ordres qu'elles contiennent ? Il faut considérer bien sûr que les ROE sont des ordres pour autant qu'elles sont prescriptives, non lorsqu'elles sont simplement directives et que leur respect repose sur une obligation légale au sens où elles émanent d'une autorité publique légitime, nationale ou internationale (dans les exemples envisagés précédemment, le président de la République française et le Conseil de sécurité des Nations Unies). Dès lors, l'exonération de la responsabilité du subordonné ne jouera que si les conditions de l'article 33 sont remplies, mais en réalité uniquement pour les actes constitutifs de crimes de guerre, qui seuls pourraient être commis

---

[85] J. de Preux, *Commentaire de l'article 86* in Y. Sandoz, Ch. Swinarski & B. Zimmermann, *Commentaire des Protocles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, CICR/Martinus Nijhoff, Publishers, 1986, 1034.

[86] Cour Pénale Internationale (CPI), *Situation en RDC, Le Procureur contre Jean Pierre Bemba*, Affaire n°ICC-01/05-01/08-424, 15 juin 2009.

sur ordre, n'étant pas manifestement illégaux[87]. La situation à considérer serait donc celle dans laquelle un militaire obligé légalement d'exécuter les ROE, ordre du commandement, commettrait un crime de guerre, par exemple en prenant pour cible les objectifs désignés par les ROE alors qu'ils ne constituent pas des objectifs militaires, sans pour autant savoir que l'ordre était illégal. Si, en effet, le militaire doit savoir que les attaques délibérées contre des civils désarmées sont proscrites, « on ne peut raisonnablement attendre d'un membre des forces armées qu'il formule un jugement juridique complexe et qu'il soit tenu pénalement responsable s'il ne tranche pas de la manière appropriée une question sur laquelle il peut y avoir des désaccords notables »[88]. Les débats autour du droit international humanitaire coutumier révèlent combien les désaccords sur la portée de la notion d'objectifs militaires peuvent être importants[89].

Alors, les ROE étaient-elles le chaînon manquant du droit du recours à la force et le vide est-il en train d'être comblé ? Certes, le droit du recours à la force reste plus que tout autre le droit de la souveraineté. Il s'adresse aux Etats, leur impose une obligation d'abstention tout en consacrant également à leur profit, des hypothèses dans lesquelles ils pourront, en fonction de leur politique juridique extérieure, employer la force conformément au droit international. Dans ce domaine, l'Etat demeure donc omniprésent sans être pour autant l'acteur exclusif, notamment du fait de « l'onde de choc de la révolution des droits de l'homme »[90] qui irrigue tous les domaines du droit international même celui des conflits armés. Or, si dans *le jus in bello*, l'individu occupe traditionnellement une place centrale, il était jusqu'alors très largement absent du *jus ad bellum*. Les ROE contribuent à combler partiellement cette lacune en humanisant, si l'on ose dire, le droit du recours à la force. Si elles ont pu s'imposer comme une exigence de la pratique, elle lui donne également un sens. La guerre nait certes dans l'esprit des hommes mais exige aussi qu'ils passent à l'action.

Pour autant, ce processus, au cœur de la dialectique entre l'Etat et l'ordre international, est naturellement inachevé. La nature et la portée juridiques des ROE demeurent incertaines et plus encore leurs incidences contentieuses. Il n'est pas inintéressant de constater toutefois que sur ce plan, même si l'on a du se situer le plus souvent *de lege ferenda*, c'est le développement de la juridiction pénale internationale qui ouvre de ce point de vue les perspectives les plus intéressantes. L'onde de choc des droits de l'homme continue de se manifester.

---

87 Voir les explications de C. Laucci, *Commentaire de l'article 33, Ordre hiérarchique et ordre de la loi* in Fernandez & Pacreau, *Statut de Rome*, l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité étant « manifestement illégal » au sens de l'article 33 et excluant donc toute exonération de responsabilité du subordonné.

88 Décision de la Cour militaire d'appel des Etats Unis dans l'affaire Etats Unis v. William L.Calley Jr, 21 décembre 1973 citée par M. Sassoli, A. Bouvier & A. Quintin, *Un droit dans la guerre ?, Vol. II, Cas et documents*, Genève, CICR, 2012, 1201.

89 Voir le débat évoqué plus haut, note 71.

90 Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », 417.

CHAPITRE TREIZE

LA LONGUE MARCHE VERS L'ABROGATION DU DROIT DE MENER LA GUERRE EN TANT QUE MOYEN D'AUTO-PROTECTION : *HAPPY END* OU *REMAKE* EN VUE ?

Giovanni Distefano*

> No ! Giusta causa non è Iddio / La terra spargere di sangue umano ; È turpe insania – non senso pio. Che all'oro destasi – del mussulmano ! Queste del cielo non fûr parole . . . no, Dio nol vuole [à la différence du cri de guerre des catholiques lors du massacre de la Sainte Barthélemy « Dieu le veut »]. No, Dio non vuole. Ei sol di pace scese a parlar[1].

Le récipiendaire de ces lignes, fin juriste et mélomane érudit, aura maintes fois vibré – à l'instar du soussigné – à la grande scène que dépeint l'exergue à cette contribution : double frémissement déclenchée par la beauté musicale et du chant verdiens mais aussi par l'imploration affligée de Giselda laquelle, presque atteinte de démence (!), en appelle au caractère injuste d'une croisade menée au nom du Christ.

Il suffit de parcourir l'histoire des relations internationales pour se rendre immédiatement compte comme la force a été l'inlassable compagnon de route du droit des gens. Il est par exemple révélateur que le droit international – en tant que discipline scientifique – ait germé autour de cette question. En témoigne aussi le fait que les titres des ouvrages des différents pères fondateurs qui se relayèrent pendant deux siècles dans l'accouchement de cette branche du droit, contiennent – souvent en tout premier lieu – la mention du droit de la guerre (De Vitória, Suarez, Molina, Grotius, etc.). Il n'est donc pas osé d'affirmer que l'ordre international moderne (dès la Renaissance . . .) est né de l'exigence de la réglementation de l'usage de la force[2] ; on pourrait même avancer que la violence a été la sage-femme du droit des gens.

---

* Université de Neuchâtel – Faculté de droit ; Université de Genève – Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights.

1 Aria de l'opéra « I Lombardi alla prima crociata » (Verdi), 2ème Acte, Scène IX.

2 « Le droit des gens a pour mission première d'empêcher la guerre, c'est-à-dire la violence, de se substituer au droit, entre les nations », C. Verge, introduction à G.F. De Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, vol. 1, Paris, Guillaumin, 1864, XLIII.

L'éviction de la force dans les relations internationales représente assurément le fondement de la Charte des Nations Unies (CNU), de ce nouveau contrat social entre les Nations qui vainquirent la barbarie nazi-fasciste et l'impérialisme nippon. Or, cette règle, véritable idée révolutionnaire s'il en est, n'a pas émergé d'un coup mais elle est le fruit d'un long calvaire dont nous allons dans un premier temps évoquer les stations de croix qui ont scandé l'agonie du droit de mener la guerre, le *ius ad bellum*, et son remplacement par le droit contre la guerre, le *ius contra bellum* (1)[3]. Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur l'impact de cette interdiction sur la mise en œuvre du droit international par l'Etat lésé (2).

1. Le chemin vers l'abrogation de la force comme moyen d'auto-protection

Si l'on connaît le point d'arrivée de ce processus, c'est-à-dire la CNU en son article 2(4), quelles seraient les étapes qui l'ont émaillé ? Au prix d'inévitables – et tout aussi inexcusables – raccourcis historiques et juridiques, nous voyons principalement six phases dans cette évolution et traditionnellement la première d'entre elles correspond à la doctrine de la guerre juste.

1.1.

Iustum bellum[4]. Dans l'ancienne Grèce déjà, il était entendu qu'aucune guerre ne pût être déclenchée sans la constatation préalable des responsabilités et des causes. Plus tard Cicéron affirma qu'une guerre 'juste' devait être précédée par une déclaration de guerre en bonne et due forme : activité exercée par un corps de magistrats – les Fétiaux – par le biais d'un rituel hautement symbolique, à savoir le lancement du javelot en territoire ennemi[5] faisant suite à la *sommation infructueuse*. La guerre, conçue comme moyen de règlement de différend, était ainsi encadrée dans une procédure. Quelques siècles plus tard, les Pères de l'Eglise et l'École Scolastique ont eu le mérite d'avoir développé la théorie du

---

[3] Voir le bel ouvrage, au titre évocateur, d'O. Corten, *Le droit contre la guerre: l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2008.

[4] « Just-War doctrine might me described as a distinctly 'top-down' approach to war. That is to say, that it was deductive in character, based on a very small number of very general principles, derived from general natural law and Christian scripture rather than from any careful empirical analysis of war itself », S.C. Neff, *War and the Law of Nations*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2005, 69. Voir aussi les pénétrantes réflexions de P. Haggenmacher, « Mutations du concept de guerre juste de Grotius à Kant », in S. Goyard-Fabre, (dir), « La Guerre », *Cahiers de Philosophie politique et juridique*, 10, 107-125.

[5] De manière imagée, le lancement du javelot signifiait le basculement dans le droit de la guerre, c'est-à-dire le changement du droit applicable: de l'état de paix à l'état de guerre. Voir D.J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2001, 232-233.

iustum bellum : de Saint Augustin – et encore plus tôt par Saint Ambroise – en passant par Saint Thomas d'Aquin jusqu'à De Vitória. Afin de pouvoir mener une guerre juste, l'Etat devait disposer d'une juste cause de guerre, d'un titre valable et reconnu (juste, au sens précisément de conforme au droit, *iustus*) : le titre donc comme fondement juridique du droit subjectif, le *ius ad bellum*. Seules donc les guerres justes étaient licites. Saint Augustin considère comme justes les guerres « qui vengent des injustices, lorsqu'un peuple ou un Etat, à qui la guerre doit être faite, a négligé de punir les méfaits des siens ou de restituer ce qui a été ravi au moyen de ces injustices »[6]. C'est l'idée de la justice privée, de la réparation par acte individuel et non communautaire d'une injustice, bref de ce qu'on appellera par la suite et de manière aseptique le *self-help* ou auto-protection. Saint Thomas[7], dans son sillage, identifiera trois conditions cumulatives : a) elle doit être menée sous l'autorité d'un prince en tant que chef d'une entité sujet du droit des gens[8] ; b) doit avoir une juste cause ; c) l'initiateur doit être animé par des bonnes intentions afin de promouvoir le bien et chasser le mal (*recta intentio*)[9]. Rares étaient cependant ceux qui – au nom de l'Evangile du Christ – osaient rejeter catégoriquement toute forme de guerre et Erasme de Rotterdam[10] était sûrement le plus célèbre d'entre eux :

> Quelle serait la guerre juste? Voici la définition! Est juste toute guerre qui est décidée par un prince souverain. Même si le prince souverain en question est un enfant ou un idiot (voire les deux à la fois). Bref, toute la doctrine du Christ est désormais polluée

---

6 Saint Augustin, *La Cité de Dieu*, (413-426), vol. II, trad. du latin, Paris, Seuil, 2004, Chap. XIX.

7 Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, Secunda Secundae, Quaestio 40.

8 De même Gentili dans sa lecture de la pensée du grand philosophe romain, annote : « He is an enemy who has a state, a senate, a treasury, united and harmonious citizens, and some basis for a treaty of peace, should matters so shape themselves », A. Gentili, *De Iure Belli Libri Tres*, (1612), trad. du latin (1933), Livre 1er, Chap. IV (« Brigands do not wage War »), Oxford, Clarendon Press, 25. « C'est au titre de belligérant que l'Etat devient d'abord sujet du droit international. Inversement, le droit des gens de l'Ancien Régime n'est à maints égards qu'un avatar d'un droit de guerre progressivement restreint aux personnes souveraines. Ce ne sont là que deux aspects d'un même développement dont les origines sont en plein Moyen Age », P. Haggenmacher, « Naissance du sujet international », *Droits*, 16(2), 1993, 13.

9 « [. . .] Henry needed to be satisfied that the war that might be necessary to secure his claim (should France refuse to yield) was grounded in a just cause. The question was important for spiritual reasons (the immortality of his soul) and for such secular reasons as the validity of the title that he and his troops would acquire over the spoils of war ; their enjoyment of combatant privileges ; and their protection by the laws of war » : T. Meron, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws. Perspective on the Law of War in the Middle Ages*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 34.

10 Quelques siècles plus tôt, Saint François d'Assise avait non seulement répudié la guerre entre chrétiens, mais avait également dénié toute licéité à la guerre sainte contre les Sarrasins, prônant le dialogue avec ces derniers. Joignant l'acte à la parole, il n'hésita pas à aller en Palestine pour s'entretenir à ce sujet, avec le 'féroce' Saladin.

> par la dialectique, la sophistique, mathématique, rhétorique, poésie, philosophie et science du droit (*iurisprudentia*) païenne[11].

En effet, se demande-t-il, quelle est la différence entre un vol, un meurtre – d'une part – et la conquête, un massacre – d'autre part[12] ? La différence est précisément dans l'autorité publique (le prince souverain) qui permet de différencier la guerre publique de la guerre privée[13] ; bref la 'Ragion di Stato' de Botero[14]. Il s'agit néanmoins d'une voix isolée, car quelques décennies plus tard, en pleine découverte du Nouveau Monde – l'autre 'big bang' de la science du droit international –, Francisco de Vitoria affirme que la guerre défensive est légitime, « attendu qu'il est permis de repousser la force par la force » (*vim vi repellere*), mais la « guerre offensive » aussi, dans la mesure où l'on vise à « punir une injustice dont on a été victime », car « c'est une cause de guerre juste que de repousser et punir une injustice »[15].

Prenant le contre-pied d'Erasme, et en invoquant les Pères de l'Eglise ainsi que le Doctor Angelicus, le Père dominicain affirma que :

> La guerre fut permise par la loi naturelle … Elle le fut également par la loi écrite … Or la loi de l'Evangile n'interdit rien de ce que le droit naturel permet, comme l'a fort bien montré Saint Thomas. C'est pourquoi elle est appelée 'loi de liberté'. Par conséquent, ce qui était permis par la loi naturelle et par la loi écrite ne l'est pas moins par la loi de l'Evangile[16].

De Vitoria va plus loin au rebours du temps et assoit ses affirmations sur la Patristique : « En effet, comme le dit Saint Augustin dans une lettre à Boniface 'le but de la guerre est la paix et la sécurité' »[17]. On peut donc recourir à la guerre, après avoir épuisé tout moyen pacifique, pour atteindre cette finalité ; l'Etat devient ainsi l'instrument du système qui émerge suite à l'effondrement de la Pax Romana. En poursuivant son self-help, l'Etat contribue à maintenir la paix que l'Empire Romain (d'Occident) avait garantie des siècles durant. Ainsi, en sus de la 'guerre défensive', les autres justes causes de guerre renvoient à la nécessité du '*law-enforcement*' au sein de l'ordre juridique international, c'est-à-dire du besoin d'exercer la fonction exécutive qui est dispersée parmi les membres de la Com-

---

[11] Erasme, *Contro la Guerra*, Milan, Mondadori, 2008, 84 (notre traduction).

[12] Erasme, *Contro la Guerra*, 88 (notre traduction).

[13] Il y a quand-même un passage dont une lecture *a contrario* pourrait légitimer la guerre contre des non-chrétiens (Erasme, *Contro la Guerra*, 89).

[14] G. Botero, *Della Ragion di Stato e delle Cose della Grandezza delle Città*, Venise, Appresso i Gioliti, 1589, Livre 1er, 1.

[15] F. De Vitoria, *Leçon sur le droit de la guerre*, (1539), trad. du latin, Genève, Droz, 1966, Première question (no. 11-12), 113-114.

[16] De Vitoria, *Leçon sur le droit de la guerre*, Première question (no. 10), 113.

[17] F. De Vitoria, *Leçons sur les Indiens*, (1539), trad. du latin, Genève, Droz, 1966, Troisième partie (no. 7), 89. Cette formule résonnera comme un écho lointain dans la CNU là où il est question du système de sécurité collective (ch. VII).

munauté internationale. Selon De Vitoria, en effet, « [t]out Etat a autorité pour déclarer et faire la guerre » ; à la différence des individus, non seulement pour se défendre, mais également – en se fondant sur Aristote – pour « se venger, lui et les siens, et punir les injustices »[18]. En l'absence (et dans l'attente) d'une Civitas Maxima[19], seul l'Etat[20] jouit donc du titre de mener licitement la guerre[21].

Grotius, dans son sillage, affirmera un siècle plus tard que trois sont les justes causes de guerre : « la défense, le recouvrement de ce qui nous appartient et la punition »[22]. L'accent est donc mis par le grand maître de Delft sur la justesse de la cause de guerre qui seule peut fonder sa licéité. La guerre ne peut donc être engagée par le souverain que dans la poursuite de l'une de ces trois finalités. Sous cet angle, la guerre, enrobée d'une une connotation morale et religieuse, devait satisfaire à des conditions matérielles pour qu'elle pût être qualifiée de licite. De la validité du titre – en tant que fondement d'un droit subjectif – dépend dès lors la licéité de la guerre.

Toutefois, cet admirable édifice était lézardé. En premier lieu, en dépit d'ingénieux et subtiles tentatives d'appréhension de ces justes causes, leur définition manquait quelque peu de clarté et d'unité : certes, parmi les justes causes il y avait la guerre de (légitime) défense ; mais une guerre d'attaque était aussi permise pour des justes motifs, à l'exception de celui de conquête territoriale. Grotius lui-même ne put manquer de relever que « il peut très bien arriver qu'aucun des belligérants n'agisse injustement ; car personne n'agit injustement, à moins de savoir que l'on commet une chose injuste : or, beaucoup l'ignorent. C'est ainsi qu'on peut plaider justement de part et d'autre, c'est-à-dire de bonne foi »[23]. Mais déjà De Vitória – et il semble avoir été le premier – avait avancé l'hypothèse d'une guerre juste des deux côtés. A cet égard, il distinguait deux cas de figure : a) « Hors le cas d'ignorance, c'est manifestement impossible » ; b) « En cas

---

[18] De Vitoria, *Leçon sur le droit de la guerre*, Première question (no. 22 et 23), 117-118.

[19] Même dans un système de Civitas Maxima, par maints auteurs souhaité et appelé de tous vœux, la guerre ne disparaîtra pas pour autant, ce sera techniquement une guerre civile, ce qui auparavant était une guerre internationale. Au demeurant, l'Histoire semble nous indiquer que la première n'est pas très souvent moins meurtrière, surtout si l'on considère, comme Nolte (E. Nolte, *La Guerre civile européenne (1917-1945): national-socialisme et bolchevisme*, trad. de l'allemand, Paris, Syrtes, 2000), la Première et la Seconde guerre mondiale comme une (très) longue guerre civile (européenne).

[20] De Vitoria qualifie justement l'Etat de « communauté parfaite », c'est-à-dire « une communauté qui forme un tout par lui-même, c'est-à-dire qui n'est pas une partie d'un autre Etat, mais qui a ses lois propres, son conseil propre et ses magistrats propres », *Ibid.*, (no. 25 et 26), 118-119.

[21] « C'est pourquoi il est nécessaire à la bonne administration des sociétés humaines que cette autorité soit accordée à l'Etat », *ibid.*, (no. 23), 118.

[22] H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. du latin par P. Pradier-Fodéré, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, Livre II, ch. I, 2.2, 164.

[23] Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Livre II, chap. XXIII.13.2, 549.

d'ignorance probable d'un fait ou d'un droit [...] elle est excusée de bonne foi. L'ignorance invincible, en effet, est une complète excuse »[24].

En deuxième lieu, la tentative de restreindre le recours à la force par le *iustum bellum* était minée dès l'origine par une faiblesse structurelle de l'ordre juridique international, c'est-à-dire la carence voire l'absence d'une instance tierce habilitée *de iure* à constater l'existence et l'application de la cause invoquée. Comme chacun des belligérants se trouvait en droit de juger seul de cette question, on avait naturellement deux opinions diamétralement opposées sur ce sujet[25]. En effet, l'effondrement de la *Respublica Christiana* avait engendré la disparition de la diarchie qu'étaient le Pape et l'Empereur (les « Deux Glaives » de la Chrétienté, comme dit Dante)[26]. Les Etats, jaloux de leur souveraineté fraichement conquise et de haute lutte, se regardent désormais comme des chiens de faïence dans un désolant désert institutionnel[27].

Finalement, l'absence d'une liste largement acceptée de justes causes de guerre ainsi que l'inexistence d'un organe de constatation de ces causes et de leur application dans chaque cas d'espèce, eurent raison de la doctrine de la guerre juste. La voie à l'indifférence de la guerre – inaugurée par Machiavelli, pour qui « toute guerre est juste dès qu'elle est nécessaire »[28] – était ainsi pavée et sera définitivement parachevée par Emer de Vattel.

I.2.

« *La Guerre en bonne et due forme* ». Pour le Neuchâtelois, homme de transition – et donc nécessairement ambigu[29] –, « [l]a Guerre est cet état, dans lequel on *poursuit son droit par la force* »[30]. Certes Vattel est aussi fils de son temps et considère qu'il y a des justes causes de guerre et énonce trois cas de figure ou conditions

---

[24] De Vitoria, *Leçon sur le droit de la guerre*, para. 32, 136.

[25] Alberico Gentili arriva même à dire (A. Gentili, *De Iure Belli Libri Tres*, Livre 1er, ch. IV, para. 48) que c'était dans la nature des choses que les deux princes se sentissent nantis d'une juste cause de guerre. C'est là aussi le phénomène bien connu des auto-interprétations, en regard de l'absence de constatation.

[26] Voir en général la brillante étude de B. Arcidiacono, *Cinq types de paix. Une histoire des plans de pacification perpétuelle (XVIIe-XXe siècles)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.

[27] « L'obsession de faire la guerre dans les meilleures conditions possibles paraît la préoccupation constante des philosophes de la Renaissance (Guichardin, Machiavel) », G. Bouthoul, *Traité de polémologie*, Paris, Payot, 1970, 83.

[28] Machiavel, *Le Prince* (1513), trad. de l'italien, chap. 26, para. 4 ; de même, *La mente di un uomo di Stato*, Chap. II, Règle 9: « Quella guerra è giusta, che è necessaria ».

[29] Voir à cet égard: V. Chetail, « Vattel et la sémantique du droit des gens: une tentative de reconstruction critique », in V. Chetail & P. Haggenmacher (dir.), *Vattel's International Law in a XXIst Century Perspective/Le droit international de Vattel vu du XXIe siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 423-432.

[30] E. de Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, Livre III, chap. I, para. 1.

auxquelles est soumis le droit de mener une 'Guerre juste' ; elles sont toutes subordonnées au 'Droit de sûreté' consistant dans le Droit de « se garentir de toute lézion »[31].

Toutefois, étant donné les deux déficiences naguère évoquées (d'ordre matériel et structurel) et en raison de l'égalité des Etats, Vattel soutient que :

> Cependant il peut arriver que les contendants soient l'un et l'autre dans la bonne foi ; et dans une cause douteuse, il est encore incertain de quel côté se trouve le droit. [Et là il n'y a rien de nouveau puisque aussi bien De Vitória que Grotius avaient identifié ce problème]. Puis donc que les Nations sont égales et indépendantes (liv. II, para. 36, et Prélim., paras. 18-19), et ne peuvent s'ériger en juges les unes des autres, il s'ensuit que dans toute cause susceptible de doute, les armes des deux parties qui se font la guerre doivent passer également pour légitimes, au moins autant *quant aux effets extérieurs*, et jusqu'à ce que la cause soit décidée[32].

Sous l'angle du droit positif (« quant aux effets extérieurs »), ceci entraîne deux conséquences majeures : d'une part, au niveau du droit dans la guerre (qu'on appellera plus tard le « *ius in bello* »), c'est l'égalité des belligérants, reflet direct de l'égalité souveraine ; d'autre part, au niveau du droit de mener la guerre (le « *ius ad bellum* »), c'est l'indifférence de la juste cause[33]. A cet égard, qui seul nous intéresse ici, Vattel discourt des deux conditions auxquelles est soumis le droit de mener la « Guerre solennelle » (« ou dans les formes ») : a) qu'elle soit entreprise par un souverain ou une autorité publique (c'est-à-dire indépendante) ; b) « qu'elle soit accompagnée de certaines formalité », à savoir la sommation et la déclaration de guerre (para. 66). La première condition, dans le sillage de la Patristique

---

31 Vattel, *Le Droit des gens*, Livre II, chap. IV, para. 49.

32 Vattel, *Le Droit des gens*, Livre III, chap. III, para. 40 (italiques ajoutées). Dans un autre passage, Vattel conteste néanmoins qu'une guerre puisse être juste des deux côtés: « La guerre ne peut être juste des deux côtés. L'un s'attribue un droit, l'autre le lui conteste ; l'un se plaint d'une injure, l'autre nie de l'avoir faite. Ce sont deux personnes qui disputent sur la vérité d'une proposition : il est impossible que les deux sentiments contraires soient vrais en même temps », *ibid.*, Livre III, chap. 3, para. 39.

33 Que l'indifférence de la cause de guerre – aux fins de son recours – était en train d'émerger est magnifiquement illustrée par Voltaire lorsqu'il décrit de quelle manière l'on construisait un titre d'intervention sur le territoire d'un autre Etat aux fins de son acquisition: « Un généalogiste prouve à un prince qu'il descend en droite ligne d'un comte dont les parents avaient fait un pacte de famille il y a trois ou quatre cents ans avec une maison dont la mémoire même ne subsiste plus. Cette maison avait des prétentions éloignées sur une province dont le dernier possesseur est mort d'apoplexie: le prince et son conseil voient son droit évident. Cette province, qui est à quelques centaines de lieues de lui, a beau protester qu'elle ne le connaît pas, qu'elle n'a nulle envie d'être gouvernée par lui ; que, pour donner des lois aux gens, il faut au moins avoir leur consentement ; ces discours ne parviennent pas seulement aux oreilles du prince dont le droit est incontestable. Il trouve incontinent un grand nombre d'hommes qui n'ont rien à perdre ; il les habille d'un gros drap bleu à cent dix sous l'aune, borde leurs chapeaux avec du gros fil blanc, les fait tourner à droite et à gauche, et marche à la gloire », *Dictionnaire philosophique* (1764), Paris, Garnier Flammarion, 1964, 217-218 (sous l'entrée 'guerre').

et de la Scholastique, est axée sur la compétence personnelle (ratione personae) du droit de mener la guerre, c'est-à-dire seul le souverain jouit du *ius ad bellum*. Par opposition, les autres guerres – notamment menées sans « autorité légitime ou sans sujet apparent, comme sans formalités, & seulement pour piller » sont des guerres illégitimes (para. 67). Le fondement et la différence résident pour Vattel dans la guerre comme « remède contre l'injustice obstinée ». Seuls les Etats peuvent poursuivre un tel but, car, étant donné leur égalité, ils exercent des compétences concurrentes et égales aux fins du maintien de « la paix et de la sécurité internationales » tout en poursuivant leurs égoïsmes nationaux. La deuxième condition est de nature procédurale puisqu'elle se réfère à la « déclaration de guerre ». Celle-ci est requise « pour tenter encore de déterminer le différend sans effusion de sang, en employant la crainte, pour faire revêtir à l'Ennemi des sentiments plus justes ; en même-tems qu'elle dénonce la résolution qu'on a prise, de faire la Guerre, elle doit exposer le sujet, pour lequel on prend les armes » (para. 52). La déclaration peut être simple ou conditionnelle (c'est-à-dire revêtir la fonction d'une sommation) ; la guerre offensive (pour injure, du latin *iniuria*, illicite) ressemble donc furieusement aux représailles[34]. Celles-ci deviendront dès lors l'instrument privilégié par lequel les Etats se feront justice (« self-help »), afin de garantir les droits subjectifs dont ils sont titulaires. La déclaration de guerre doit remplir certaines formalités relativement à sa publicité. En revanche, dans les autres cas, où donc un Etat est confronté à une Guerre « informe et illégitime », le premier « n'est point obligé d'observer envers eux les règles prescrites dans les Guerres en forme ; elle peut les traiter comme des brigands » (para. 68). Ceci – et c'est important – vaut non seulement dans les cas où l'ennemi n'a pas d'autorité publique (*ratione personae*), mais également lorsqu'une Nation (lisez : Etat), attaque « sans sujet & sans Déclaration ». Il est intéressant de noter que selon Vattel, un Etat qui ne suit pas la procédure, n'est plus un Etat mais devient un brigand ; alors que toutes les entités dépourvues d'autorité publique le sont nécessairement – de par leur statut – lorsqu'ils mènent une guerre.

Il n'est dès lors pas étonnant que l'école positiviste du XVIII^e^-XIX siècles ait écarté toujours plus le problème de la *iusta causa*, pour se concentrer uniquement sur les exigences de forme que la guerre devait satisfaire pour qu'elle pût être considérée comme licite. La troisième Convention de La Haye de 1907 finira par codifier l'exigence d'un « avertissement préalable et non équivoque, et qui aura, soit la forme d'une déclaration de guerre motivée, soit celle d'un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle »[35] (ce qui adviendra d'ailleurs en

---

[34] Enfin, la Guerre défensive n'a évidemment pas besoin de déclaration (para. 57), justement parce que, dans ce cas de figure, l'Etat agressé se trouve dans son droit d'utiliser la force afin de repousser l'agresseur. En d'autres termes, la « lésion » de son droit subjectif a été constatée par le fait matériel de l'agression qui concrétise la violation de la procédure par l'Etat agresseur.

[35] Article 1^er^ de la la III Convention de La Haye du 18 octobre 1907 relative à l'ouverture des hostilités.

1914 avec la Première guerre mondiale)[36]. On quittait dès lors le domaine des raisons matérielles, c'est-à-dire des justes causes, pour celui des formes, c'est-à-dire la déclaration préalable de guerre et le statut des belligérants. La guerre devient un procès ; et le sort des armes sera la sentence[37]. En conséquence, le droit des gens jusqu'à la Société des Nations (S.d.N.) admettait la guerre – et ses variations mineurs, dont les représailles – abstraction faite d'une juste cause et, par conséquent il reconnaissait aux Etats, en raison de leur souveraineté[38], le *ius ad bellum*[39], comme *extrema ratio* dans le règlement de leurs différends[40] et donc comme moyen d'auto-protection.

I.3.

Toutefois, même si ce *ius ad bellum* était, avant la première guerre mondiale, en principe illimité, il convient d'évoquer deux tentatives de nature conventionnelle qui furent entreprises visant à réglementer son usage voire à le restreindre timidement. Dans l'ordre chronologique, ces prodromes sont la Convention Drago-Porter (III Convention de La Haye) et les « Bryan Treaties » (« Advancement of Peace »).

---

[36] Encore en 1914, la Grande guerre débuta comme une « banale » guerre de cabinet (sur la typologie des conflits, voir C. von Clausewitz, *De la guerre*, trad. de l'allemand, Paris, Ed. de Minuit, 1955, 59) ou tout au plus comme une guerre de règlement de différend : punir la Serbie (self-help) et obliger ainsi la Russie à reculer des Balkans (pour l'Autriche-Hongrie) ; se libérer de la domination maritime anglaise et asseoir sa suprématie continentale (pour l'Allemagne). Bref, recalibrer l'équilibre entre les Puissances. Cependant, si la « Grande guerre » commença en tant que guerre localisée dans l'espace, dans le temps, dans les moyens et dans les finalités, elle s'acheva, phénomène inédit, en tant que guerre d'anéantissement, de destruction de l'adversaire, avec, à la clef, la dissolution de pas moins de quatre empires.

[37] C. Roessler, *System der Staatslehre*, Leipzig, Falcke und Roessler, 1857. On ne peut pas s'empêcher de trouver un un lointain, mais atemporel, echo chez Thucidide (*Histoire de la guerre du Péloponnèse*, vol. 2, trad. du grec, 1852, Paris, 80) : « C'est que, dans les affaires humaines, on se soumet aux règles de la justice quand on y est contraint par une mutuelle nécessité ; mais que, pour les forts, le pouvoir est la seule règle, comme pour les faibles, la soumission ».

[38] « C'est donc, selon la tradition, en termes de juridiction et d'absence de recours possible [*Kompetenzkompetenz*] que la compétence de guerre est justifiée », Haggenmacher, « Naissance du sujet international », 15.

[39] « D'où il résulte que la guerre, pour être légitime en droit international commun, doit toujours se fonder sur un titre juridique », A. Verdross, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 30, 1929-V, 497.

[40] Dans sa fameuse lettre à Bluntschli ainsi s'exprimait Moltke : « La paix perpétuelle est un rêve, et ce n'est même pas un beau rêve. La guerre est un élément de l'ordre du monde établi par Dieu. Les plus nobles vertus de l'homme s'y développent : le courage et le renoncement, la fidélité au devoir et l'esprit de sacrifice ; le soldat donne sa vie. Sans la guerre, le monde croupirait et se perdrait dans le matérialisme » (cité in J. Lorimer, *Principe de droit international* (trad. de l'anglais), Bruxelles, 1885, 191.

La première, conclue – à l'instar de celle relative à l'ouverture des hostilités évoquée plus haut[41] – lors de la 2ème Conférence de Paix de La Haye de 1907, affirmait l'illicéité du recouvrement coercitif des dettes contractuelles, cette « pratique odieuse » se concrétisant souvent dans le blocus des ports, le bombardement, etc. La crise vénézuélienne de 1902 était encore dans l'esprit et détermina la prise conscience qu'une telle pratique de règlement des différends d'ordre financier n'était plus admissible. Cette convention *multilatérale* bannissait ainsi– en son article 1er[42] – la mise en demeure par la force des armes de l'Etat débiteur considéré comme un vulgaire voyou (forme de justice privée), la seule exception étant si l'Etat débiteur ne se soumettait pas à une procédure arbitrale ou n'exécutait pas une sentence arbitrale (article 2). Le règlement pacifique remplaçait le self-help armé, mais à condition que les deux Etats jouassent le jeu du règlement arbitral de leurs différends internationaux. En conséquence, il n'est pas erroné d'affirmer que ce traité excluait de l'auto-protection armée des Etats le domaine des dettes contractuelles.

La deuxième tentative est constituée par une toile – très dense – de traités bilatéraux, les Bryan Treaties[43], tissée (dès 1913) par les Etats-Unis d'Amérique. L'Article 1er prévoit une double obligation : *Primo*, dès l'émergence d'un différend, les Parties doivent s'abstenir de recourir aux armes pendant une période de douze mois (« Cooling-off period ») : un intervalle de refroidissement des ardeurs belliqueuses ; *secundo*, elles doivent soumettre leur différend à une commission d'enquête instituée par le traité. Cet organe commun aux Parties rendra un rapport – endéans un an aussi – élucidant les faits matériels générateurs du différend. Ainsi apparaît pour la première fois la consubstantialité entre les deux obligations qu'on retrouve désormais parmi les principes fondamentaux de la CNU respectivement aux arts. 2(3) et (4). Nous retrouvons donc un embryon d'instance tierce susceptible de résoudre le litige. Certes, il s'agit d'un moratoire et non pas d'une interdiction car, à l'issue de la période, les Etats parties au différend retrouvent leur liberté (suspendue), c'est-à-dire leur droit d'auto-protection armée.

Or, le déroulement et la conclusion de la Grande Guerre, donna néanmoins une impulsion salutaire à la prise de conscience que le *ius ad bellum* devait être

---

41 Il est intrigant de relever comme ces deux conventions – pourtant adoptées lors de la même conférence – incarnent deux idéaux antipodiques ; alors que l'une (la Troisième) sacralise le *ius ad bellum* en chef à tout Etat, l'autre (la Deuxième) le grignote, amorçant ainsi le processus qui aboutira à son abrogation ultime.

42 Les Hautes Parties contractantes s'engagent « à ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au Gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux ».

43 Ces traités furent ainsi appelés du nom de leur instigateur (William Jennings Bryan), le Secrétaire du Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique. A la veille de la Seconde guerre mondiale on dénombrait quarante-huit de ces traités bilatéraux.

restreint et son usage *surveillé* par un système centralisé, une puissante architecture institutionnelle devant succéder sur le plan universel au Concert européen. La première guerre mondiale, ou la « Grande Guerre », qui avait été qualifiée de « War to end all wars »[44], réussit à inciter les Etats à mettre hors la loi la guerre en tant que moyen d'auto-protection de leurs droits subjectifs et intérêts juridiques.

I.4.

Le Pacte de la S.d.N. – annexé aux Traités de paix qui mirent fin en 1919 à la « Grande guerre » – incarne deux approches différentes à la réglementation de la guerre qui se retrouvent dès lors étroitement imbriquées. En effet, d'une part (approche de l'indifférence de la guerre) il reprend des « Bryan Treaties » l'idée de moratoire, prévoyant une procédure aussi bien juridictionnelle que politique que tout Etat membre devait suivre avant de recourir à la guerre. Double obligation, donc : a) obligation (positive) préalable de régler pacifiquement le différend ; et b) l'obligation (négative) de respecter un moratoire de guerre *pendant* l'épuisement des voies pacifiques de résolution du différend. Désormais aucune guerre n'était admissible sans essai préalable de règlement pacifique. La S.d.N. introduisit ainsi une procédure obligatoire aux fins de l'exercice par l'Etat de son droit : il s'agissait en somme d'une limitation *procédurale* au *ius ad bellum*. D'autre part (approche visant la mise au ban de la guerre comme instrument d'auto-protection), le Pacte qualifiait certaines guerres de fondamentalement illicites, comme les guerres d'agression[45] ou celles dirigées contre un Etat qui se conforme à une décision juridictionnelle[46] ou à une recommandation adoptée à l'unanimité par le Conseil de la S.d.N[47]. A cet égard, on peut même oser dire que le Pacte réintroduisait la notion de la guerre juste fondée cette fois-ci non plus sur des considérations morales et religieuses mais sur le droit positif[48]. En fin de compte, quelle était l'attitude générale du Pacte à l'égard de la guerre ? Elle résultait clairement de son préambule[49], dans lequel on lit « qu'il importe

---

[44] Le très bel ouvrage de David Fromkin porte le titre – ironique – de « Peace to end all peace ».

[45] Article 10 du Pacte de la S.d.N.

[46] Article 13(6) du Pacte de la S.d.N.

[47] Article 15(6) du Pacte de la S.d.N.

[48] Th. Franck, « Fairness in the international legal and institutional system : general course on public international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 240, 1993-III, 236. Toutefois, à côté de la vielle distinction entre les guerres justes et injustes, le Pacte a introduit une *nouvelle* catégorie de guerres interdites » (Verdross, « Règles générales du droit de la paix », 498).

[49] « Les Hautes Parties Contractantes, Considérant que, pour développer la coopération entre les nations et pour leur garantir la paix et la sûreté, il importe d'accepter certaines obligations de ne pas recourir à la guerre . . . ». Le préambule fait partie du « contexte » au sens de l'article 31(1) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui

d'accepter certaines obligations de ne pas recourir à la guerre ». En conséquence, il ne s'agissait pas de mettre la guerre hors la loi, mais plutôt de la corseter, de brider de le droit de l'Etat dans une procédure. Toutefois, et à tout le moins, le Pacte de la S.d.N. « in view of its general purpose and its particular provisions created a presumption against the legality of war as a means of self-help »[50].

1.5.

Sur le chemin de croix menant à l'interdiction de la guerre, on ne peut pas passer sous silence la tentative certes infructueuse du Protocole de Genève de 1924 dont l'article 2 contenait l'engagement des Contractants « qu'en aucun cas ils ne doivent recourir à la guerre », sauf légitime défense et en cas de sanctions militaires autorisées par le Conseil de la S.d.N. Mais, ce protocole, qui devait être ratifié par l'ensemble des Etats membres, n'entra jamais en vigueur. Toutefois, peut-on avancer, dans le sillage de la jurisprudence internationale solidement établie, que ce traité international ait « servi de base ou de point de départ à une règle qui, purement conventionnelle ou contractuelle à l'origine, se serait depuis lors intégrée à l'ensemble du droit international général et (aurait été plus tard) acceptée à ce titre par *l'opinio juris*, de telle sorte [...] qu'elle (se serait imposée) »[51] à tous les Etats ? Quoiqu'il en soit, les discussions au sein de la S.d.N. ne cessèrent pas pour autant et entretinrent ainsi un climat propice à l'interdiction de la guerre qui émergera cependant en dehors de l'Organisation de Genève (ne serait-ce que déjà parce que les inspirateurs, les USA, n'y étaient pas membres).

1.6.

Le 27 août 1928 fut signé à Paris le pacte Briand-Kellogg. Le Pacte portant « renonciation solennelle de la guerre » naît d'une initiative française proposée et acceptée par les USA qui décidèrent aussitôt d'ouvrir le traité – originellement bilatéral – à tous les autres Etats et qui devint dès lors multilatéral. Par son article 1er[52], les Etats se privent ainsi de leur plus puissant outil de politique étrangère[53]. Les

---

codifie la règle générale d'interprétation des traités internationaux. En conséquence, le préambule constitue un élément important dont il faut tenir compte aux fins de l'appréhension de la signification et du champ opératoire des dispositions du traité.

50 I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, 57.

51 Cour internationale de Justice (CIJ), *Plateau continental de la Mer du Nord (R.F.A. / Danemark / Pays-Bas)*, arrêt, 20 fév. 1969, CIJ Recueil 1969, 42, para. 71.

52 « Les Hautes Parties Contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux, et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles ».

53 Le préambule a la teneur suivante : « [Les Etats,] Persuadés que le moment est venu de procéder à une franche renonciation à la guerre, comme instrument de politique

Etats allèrent donc très loin dans leur auto-mutilation, à tel point qu'un auteur contemporain qualifia le Pacte de véritable « mirage »[54]. Quoi qu'il en soit, ce traité international marque le début de « la crise du droit prophylactique de la guerre »[55]. A-t-il codifié du droit déjà existant ou a-t-il, au contraire, créé du droit nouveau? À la lumière des développements historiques, il n'est pas osé de penser que le Pacte ait pu, selon le schéma proposé par la CIJ, « cristalliser »[56] la règle coutumière in *statu nascendi*, bref qu'il ait constitué le point d'aboutissement du processus coutumier probablement déclenché par le malheureux Protocole de Genève de 1924. Soixante-trois Etats y étaient parties à l'orée de la deuxième guerre mondiale, à savoir la quasi-totalité des Etats composant la Communauté internationale de l'époque[57]. Toutefois, plusieurs Etats assortirent leur instrument d'adhésion de réserves (dites territoriales) ou de déclarations interprétatives qui affaiblirent l'efficacité du traité. Ceci induit certains Etats latino-américains à ne pas y devenir parties et à conclure un traité régional ayant les mêmes objets et buts : Saavedra – Lamas du 10 octobre 1933[58]. Le Pacte Briand –Kellogg fut pourtant invoqué – avec plus ou moins de bonheur – lors des différentes crises qui ponctuèrent la décennie avant le deuxième conflit mondial : Abyssinie (1936), Autriche (1938), Tchécoslovaquie (1939), Finlande (1939). Cette universalité permit, cela soit dit en passant, au Tribunal Militaire International de Nuremberg de déclarer haut et fort dans son jugement prononcé contre les « Grands Criminels de Guerre » que « Dans [s]a pensée [...], la renonciation solennelle à la guerre comme instrument de politique nationale implique que la guerre ainsi prévue est, en droit international, illégitime »[59] ; ainsi représentée, la guerre d'agression devint le crime par excellence ou le « crime suprême parmi les crimes ».

En son article 2 on retrouve le corollaire de l'interdiction (obligation négative) de la guerre, c'est-à-dire l'obligation (positive) de régler les différends par des moyens pacifiques (l'autre face de la même médaille). Il convient de souligner à cet égard, et il s'agit d'une avancée notable, que, à la différence de la II Convention de La Haye de 1907, non seulement l'interdiction de la guerre est devenue générale (et n'est dès lors plus confinée aux seuls différends relatifs aux dettes

---

nationale, afin que les relations pacifiques et amicales existant actuellement entre leurs peuples puissent être perpétuées ... ».

54 M. Sibert, *Traité de droit international public*, vol. 2, Paris, Dalloz, 1951, 554.

55 K. Strupp, « Règles générales du droit de la guerre », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 47, 1934-I, 571.

56 CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord*, 39, para. 61.

57 Les seuls Etats (à l'orée de la Seconde guerre mondiale) qui n'y étaient pas partie, étaient : Bolivie, El Salvador, Uruguay et Argentine (94 RTNU 57ss.).

58 Ce Pacte régional était moins restrictif aux fins de l'interdiction de la guerre dans la mesure où il ne bannissait que les « guerres d'agression » (163 RTNU 393). Voir note 57 ci-dessus.

59 Tribunal Militaire International, *Procès des Grands Criminels de Guerre*, vol. 1, Nuremberg, Tribunal Militaire International 1947, 232.

contractuelles), mais, et surtout, le manquement à l'obligation de se soumettre au règlement juridictionnel ou encore à ne pas respecter la décision éventuellement rendue ne libérait pas les Etats de l'obligation de s'abstenir de recourir à la guerre. En d'autres termes, le Pacte de 1929, tout en réaffirmant les deux obligations les déconnecte en érigeant l'interdiction de la guerre en obligation absolue, ne dépendant pas du respect de l'obligation de régler pacifiquement les différends internationaux.

Le suicide de l'Europe – qui en l'espace d'une génération et demi – s'immola sur l'autel de son hubrys – et disparut ainsi du centre du monde – fera don au Droit international, de la règle de l'interdiction de la force.

2. Exit l'auto-protection armée, malgré quelques revenants ou autres zombies

L'éviction de la guerre en tant que moyen d'auto-protection aura un impact profond dans la structure de l'ordre juridique international et dans la mise en œuvre de ses règles. N'était-ce pas Clausewitz qui affirmait, au début du XIX[ème] siècle et sans choquer personne, que la guerre n'est rien d'autre que la continuation de la politique par d'autres moyens, donc un moyen (licite) parmi d'autres[60] et, qui plus est, une faculté souveraine de l'Etat[61] ?

Cette interdiction marque en effet le point d'aboutissement d'un processus de changement de système qui avait culminé – quelque siècles plus tôt – par la Paix de Westphalie en 1648 en ce sens qu'elle représente le corollaire, je dirai nécessaire, de l'égalité juridique entre les Etats (art. 2(1) de la CNU) qu'elle avait définitivement consacrée, à la suite également d'une longue évolution historique[62]. Dans cette perspective, l'article 2(4), véritable architrave de l'ordre juridique international, complète et parachève le processus historique de la mise à plat de sa structure.

La CNU, en interdisant toute forme de violence militaire unilatérale dans les relations internationales, enterrera définitivement le principe de l'indifférence

---

[60] « *Realpolitik* overrides rules, or, as a rather old British pun had it, Britannia waives the rules in order to rule the waves », N. Ferguson, *Empire: The Rise and Demise of the British World Order and the Lessons for Global Power*, New York, Basic Books, 2003, p. 367.

[61] « […] C'est que *nous constatons l'infécondité croissante de la violence, incapable aujourd'hui de tisser le moindre mythe pour se justifier et rester cachée* », R. Girard, *Achever Clausewitz*, Paris, Carnets nord, 2007, 57 (italiques ajoutées).

[62] Dans la célèbre affaire *Nicaragua c. Etats-Unis* (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt, 27 juin 1986, fond, CIJ Recueil 1986, 111, para. 212), la Cour internationale de Justice ainsi déclara : « Le principe du respect de la souveraineté des Etats […] en droit international est étroitement lié à celui de la prohibition de l'emploi de la force et à celui de non-intervention ».

de la guerre porté aux fonts baptismaux par Vattel[63] et posera partant une pierre tombale sur l'auto-protection armée. En effet, de cette prérogative, très vaste, de l'Etat de mener la guerre ne restera plus, telle une peau de chagrin[64], que le « droit naturel » de légitime défense individuelle ou collective, prévu par l'article 51 de la Charte. Le droit des gens n'admettra plus le « self-help » mais reconnaîtra donc aux Etats seulement le « self-defense ». Une brèche que ses pères fondateurs à San Francisco voulurent à dessein très étroite mais que les Etats s'évertueront dès lors à élargir. Ce changement copernicien fut constaté par la CIJ dans l'affaire du Détroit de Corfou lorsqu'elle saisit l'occasion qui lui se présentait pour sonner le glas du droit d'auto-protection armée :

> En outre, l'agent du Gouvernement du Royaume-Uni, dans sa réplique orale a rangé l'« Opération Retail » parmi les procédés d'auto-protection ou *self-help*. *La Cour ne peut pas davantage accueillir cette défense. Entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielle des rapports internationaux*[65].

La CIJ, dans le sillage de son arrêt dans l'affaire du *Détroit de Corfou* précité, réaffirma la prohibition du self-help armé en l'opposant à la légitime défense (dont le recours exige l'agression armée et non pas une simple illicéité préalable) :

> L'article 51 de la Charte ne peut justifier l'emploi de la force en légitime défense que dans les limites qui y sont strictement définies. Il n'autorise pas, au-delà du cadre ainsi établi, l'emploi de la force par un Etat pour protéger des intérêts perçus comme relevant de la sécurité. D'autres moyens sont à la disposition de l'Etat concerné, dont, en particulier, le recours au Conseil de sécurité[66].

---

[63] « In sum, it was deeply ironic that the whole area of measures short of war – intervention, reprisals and necessity measures – would be, at the same time, so strongly reminiscent of the just-war outlook from the Middle Ages, and yet so ineluctably tied to action by major powers against lesser ones », Neff, *War and the Law of Nations*, 249.

[64] La légitime défense est en effet une espèce au sein du genre « self-help » : Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3ème éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 160.

[65] CIJ, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt, 9 avril 1949, fond, CIJ Recueil 1949, 35 (italiques ajoutées). Voir à cet égard : Th. Christakis, « Intervention and Self-Help », in K. Bannelier, Th. Christakis & S. Heathcote (dir.), *The ICJ and the Evolution of International Law. The enduring impact of the Corfu Channel case*, Londres, Routledge, 2011, 211-225.

[66] CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, arrêt, 19 déc. 2005, CIJ Recueil 2005, 223-224, para. 148. Dans son arrêt en l'affaire *Nicaragua*, para. 195, la Cour avait souligné l'exigence de l'agression armée comme condition sine qua non aux fins de l'exercice de la légitime défense. Cf. B. Stern, « Chronique de la jurisprudence internationale », *Journal du droit international*, 115, 1988, 175, qui rejette l'illicéité du self-help armé. Même dans le cas où un Etat devait se refuser d'obtempérer à un arrêt de la CIJ, c'est-à-dire même lorsque une instance (judiciaire) tierce a constaté le droit en l'appliquant à un cas concret afin de le résoudre (autre différence par rapport au régime de l'article 15(7) du Pacte de la S.d.N.), car cette tâche incombe uniquement au CS (en vertu de l'article 94(2) de la CNU) qui seul pourrait prendre des mesures

L'éviction du self-help (et de sa « politique de la cannonière ») constitue en effet une différence structurelle majeure par rapport au système de la S.d.N., dont le Pacte, convient-il de le rappeler, récitait en son article 15(7) que :

> Dans le cas où le Conseil ne réussit pas à faire accepter son rapport par tous ses Membres autres que les Représentants de toute Partie au différend, *les Membres de la Société se réservent le droit d'agir comme ils le jugeront nécessaire pour le maintien du droit et de la justice*[67].

Pour des raisons dont seule l'Histoire connaît le secret l'une des crises les plus éclatantes dans l'application de cette disposition centrale tourne (à nouveau) autour de l'île de Corfou. L'Italie avait procédé à l'occupation de cette île grecque en réaction au meurtre en Grèce (par des inconnus) du Général Tellini et de trois autres membres de la Commission chargée par la Conférence des ambassadeurs à Paris de délimiter la frontière greco-albanaise[68]. L'occupation de l'île de Corfou fut justifiée par le Gouvernement italien comme gage en attendant que la Grèce accédât à sa demande de réparation. La question fut finalement soumise au Comité de juristes du Conseil de la S.d.N., qui s'exprima ainsi : « *Des mesures de coercition qui ne sont pas destinées à constituer des actes de guerre peuvent être conciliables, ou non, avec les termes des articles 12 à 15 du Pacte*, et il appartient au Conseil, saisi du différend, de décider immédiatement, en s'inspirant de toutes les circonstances et d e la nature des mesures prises, s'il y a lieu de recommander le maintien ou la cessation de celles-ci ». L'avis du Comité fut ensuite adopté à l'unanimité par le Conseil de la S.d.N. lors de sa séance du 13 mars 1924[69] ; se déclarant dès lors « satisfaite », l'Italie évacua l'île le 27 septembre 1924. Dans le système de la S.d.N., le self-help armé apparaît dès lors licite même si le Conseil se réserva le pouvoir d'en exiger la cessation ; *mutatis nutandis*, c'est ce qui est prévu par l'article 51 de la CNU à l'égard de la légitime défense si le Conseil de sécurité en vient à prendre les « mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ».

Quelques années plus tard, par ailleurs, dans ce qui deviendra le *locus classicus* en matière de self-help / représailles armées, le tribunal arbitral affirmera :

(comportant même l'emploi de la force) afin de rendre exécutoire la décision de la CIJ. En ce sens (correctement) : Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 86-87.

67 Italiques ajoutées.

68 Voir la lettre de Mussolini à Salandra, délégué italien au Conseil de la S.d.N., du 1er septembre 1923 (reproduite in : *La prassi italiana di diritto internazionale*, troisième série (1919-1925), vol. 6, Rome, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1995, 3272) : « è ammessa l'occupazione temporanea di una parte di territorio straniero » afin d'obtenir satisfaction. Il y énumère les précédents de la pratique des Etats en matière « d'occupation pacifique à titre de garantie ». A cet égard, apparaît surtout intéressante l'opinion du juge (et président) de la CPJI Anzilotti, consulté officieusement par l'ambassadeur italien à La Haye (*ibid.*, 3274), au regard notamment de incompatibilité de l'occupation italienne avec les dispositions du Pacte de la S.d.N. (*ibid.*, 3280-3284).

69 *Journal officiel de la Société des Nations*, 1924, 524 (italiques ajoutées).

> La *représaille* est un acte de propre justice (Selbsthilfehandlung) de l'État lésé, acte répondant – *après sommation restée infructueuse* – à un acte contraire au droit des gens de l'État offenseur. Elle a pour effet de suspendre momentanément, dans les rapports des deux États, l'observation de telle ou telle règle du droit des gens. Elle est *limitée* par les expériences de l'humanité et les règles de la bonne foi, applicables dans les rapports d'État à État. *Elle serait illégale si un acte préalable, contraire au droit des gens, n'en avait fourni le motif.* Elle tend à imposer, à l'État offenseur, la réparation de l'offense ou le retour à la légalité, en évitation de nouvelles offenses[70].

Nous y retrouvons tous les éléments (à l'exception de la proportionnalité, dont le Tribunal discourra séparément) de l'auto-protection armée par le moyen des représailles ; on ne peut pas s'empêcher de relever à cet égard que celles-ci poursuivent à la fois une finalité rétrospective-punitive (se faire justice) et prospective-dissuasive (« en évitation de nouvelles offenses »). Que le lecteur nous permette d'annoter au passage un énième hasard de l'Histoire : cette sentence arbitrale fut rendue la même année de la conclusion du Pacte Briand-Kelloggg qui mit au ban la guerre (mais non pas les « measures short of war ») : un autre chassé-croisé du droit des gens (comme en 1907 à La Haye au moment de l'adoption des conventions II et III).

Tout autre est en revanche le statut juridique de l'auto-protection armée dans le système de la CNU. Comme un insigne juriste eut à préciser à cet égard :

> In case the right of a Member which has been violated in another way than by an armed attack, is to be enforced against the guilty state which refuses to repair the wrong it has done, and if the Security Council does not take the necessary enforcement action, the Charter prevents any other possibility of enforcing the violated right. The delinquent which is in actual possession of the illegal advantage is protected by the Charter against any enforcement action other than that taken by the Security Council. *For the Charter forbids any use of force on the part of the individual Members except for the exercise of the right of self-defence against armed attack*[71].

Ce nonobstant force tentatives ont été entreprises en vue de ressusciter le self-help armé ; nous ne mentionnerons ici que deux d'entre elles. La première potion

---

[70] Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité : *Naulilaa*) (*Portugal c. Allemagne*), *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. 2, 1026 (italiques ajoutées).

[71] H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems. With Supplement*, New York, F.A. Praeger, 1950, 269 ; G.F. Intoccia, « American Bombing of Libya : An International Legal Analysis », *Case Western Reserve Law Journal*, 19, 1987-II, 200. Contra : « At issue is the principle of forcible self-help, the theoretical descendant of the self-preservation or necessity doctrine », R.A. Friedlander, « Retaliations as Anti-Terrorist Weapon : The Israeli Lebanon Incursion and International Law », *Israel Yearbook on Human Rights*, 8, 1978, 68 ; G.B. ROBERTS, « Self-Help in Combatting State-Sponsored Terrorism : Self-Defence and Peace-Time Reprisals », *Case Western Reserve Journal of International Law*, 19, 1987-II, 293.

magique s'inspire de la théorie du mandat[72], qui sous-tend l'argumentation[73] selon laquelle le CS ayant reçu des Etats le mandat principal de maintenir et rétablir la paix et la sécurité internationales (art. 24(1)), peut se le voir retirer par chacun des Etats membres *uti singuli* au cas où il manquerait à s'acquitter de cette fonction. Cette revendication nous paraît pour le moins incongrue ; en effet pour que cela soit possible, il faudrait que l'ensemble des Etats membres (par acte unilatéral, accord ou règle coutumière, voire par modification par voie de pratique subséquente)[74] le lui retire et non que seulement certains d'entre eux, même dans l'apathie générale, s'en arrogent le droit. Car ils ne sont pas à eux seuls les titulaires, mais c'est l'ensemble des Etats membres de l'ONU. En des termes de droit constitutionnel, le self-help armé a été délégué par les Etats membres au CS (et de manière plus large à l'ONU), de sorte que cette prérogative, autrefois égale et concurrente à tout Etat fait partie désormais (dès 1945) partie intégrante du nouveau contrat social qu'est l'UNC. Ou si l'on préfère un autre paradigme, les Etats ont institué dans l'ONU le nouveau Léviathan.

La deuxième recette – souvent alléguée – pour réveiller du sommeil normatif le zombi du self-help est étroitement liée à la précédente dans la mesure où elle s'appuie sur la prétendue défaillance du système de sécurité collective et, ayant recours au droit des traités, conclut à la libération (partielle) des Etats de la camisole de force qu'est l'article 2(4). Cette construction de la Charte ne peut pas être accueillie ; comme les travaux préparatoires le montrent clairement, l'acceptation de l'article 2(4), comportant (à la différence du Pacte Briand-Kellogg) la suppression du self-help armé, n'était pas synallagmatique au fonctionnement du système de sécurité collectif[75]. Par ailleurs, les voix en ce sens, déjà peu nom-

---

[72] Comme le récite l'article 24(1) en son dernier fragment, le « Conseil de sécurité agit en son (c'est-à-dire : des Etats membres) nom ». Voir de même la résolution 377 (V) de l'Assemblée Générale (voir ci-dessous).

[73] « Article 24(1) of the Charter has conferred on the Security Council « primary responsibility for the maintenance of international peace and security » and imposed on it the duty of ensuring « prompt and effective action » to this end. Such action constitutes for the Council not a mere possibility but a « duty » flowing from this responsibility. If such action does not take place at all, or if a timely action is impeded by the veto of one of the permanent Members of the Council, the organization loses the precedence of its intervention, inherent in the words « primary responsibility ». Far-reaching consequences follow from a situation in which the Security Council does not duly fulfil the task attributed to it by the Charter. By preventing prompt and effective action of the Council, Members open the way to legitimate intervention of other States, whenever they choose, on the basis of the general rules of international law and in the framework of their own responsibility, to take measures they consider necessary to meet the situation [...] », P. Pescatore, « The US-UK Intervention in Iraq », in Reader's exchange, *American Society of International Law Newsletter*, May/July 2003.

[74] Comme ce fut le cas, par exemple, de l'article 27(3) de la CNU.

[75] En ce sens, et très correctement : N. Ronzitti, *Rescuing Nationals abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 9.

breuses en période de guerre froide[76], se sont raréfiées avec le regain d'activité du CS.

Dans le même registre, d'aucuns ont invoqué le (prétendu) changement fondamental de circonstances – déterminé par le dysfonctionnement du système de sécurité collective – qui autoriserait les Etats à opérer une révision des dispositions de la Charte devenues inapplicables (voire caduques)[77]. Il s'agirait notamment de l'article 2(4) qui serait donc « révisé » par la pratique subséquente des Etats en raison de l'advenu changement fondamental de circonstances, de sorte que son champ opératoire n'inclurait plus l'auto-protection armée. Or, s'il est vrai que la théorie ne manque pas de charmer, il n'en est pas moins vrai que la CIJ a eu l'occasion de se prononcer sur la présente question en déclarant en 1949 déjà – pour qu'il n'y ait pas de malentendus – que la démarche britannique était inexcusable et la politique de la force inexcusable « quelles que soient les déficiences présentes de l'organisation internationale »[78]. De surcroît, comme il a été judicieusement remarqué, l'interdiction de recourir à la force contenue dans l'article 2(4) de la CNU n'a pas seulement une nature conventionnelle mais également coutumière, et, de ce fait, la clause du changement fondamental de circonstances ne pourrait pas s'appliquer à la norme de droit international général[79]. De surcroît, ce qui était vrai en 1949 et jusqu'en 1990 relativement à l'apathie du CS, n'est pas défendable à l'heure actuelle. N'étant pas de guerre las, les irréductibles champions de l'auto-protection armée habillent le même argument en évoquant cette fois-ci le blocage du CS en raison de l'exercice du droit de veto. Hélas, ici aussi, la question semble être clairement délinéée et ce depuis 1950, comme l'atteste la fameuse résolution de l'AG 377 (V) « Union pour le maintien de la paix », dont l'antépénultième alinéa du Préambule récite ainsi :

> *Persuadée* que, si le Conseil de sécurité manque à s'acquitter des fonctions qui lui incombent au nom de tous les Etats Membres, et notamment de celles qui sont visées dans les deux paragraphes précédents, *il n'en résulte pas que les Etats membres soient relevés de leurs obligations ni l'Organisation de sa responsabilité aux termes de la Charte en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales*[80].

En conséquence, non seulement les Etats n'ont pas le droit de revenir à la situation du self-help existant avant la Charte, mais, au niveau institutionnel, l'AG se voit reconnaître une responsabilité secondaire. En tant qu'interprétation

---

[76] « But no responsible voice, surely no government, has suggested that the failures of the organization vitiated the agreement and nullified [impossible par ailleurs] or modified the Charter's norms », L. Henkin, « Use of force : Law and U.S. Policy », in *Right v. Might. International Law and the Use of Force*, New York, Council on Foreign Relations Book, 1989, 38.

[77] Voir entre autres : T.J. Farer, « The Regulation of Foreign Intervention in Civil Armed Conflict », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 142, 1974-II, 390.

[78] CIJ, *Détroit de Corfou*, 35.

[79] Ronzitti, *Rescuing Nationals abroad*, 11-12.

[80] Italiques ajoutées.

authentique de la CNU, au sens de l'article 31(3)(b) de la CVDT, cette résolution bat en brèche l'argumentation fondée sur le blocage du Conseil de sécurité en particulier et sur le dysfonctionnement de son système de sécurité collective, en général. Dès lors, le droit à l'auto-protection armée n'a bénéficié d'aucun élixir de longue vie et, en paraphrasant Thomas Franck[81], c'est bien le self-help qui a été tué . . . par l'Article 2(4) et non l'inverse.

Enfin, il va de soi que les représailles – qui ont été l'instrument privilégié pendant très longtemps du self-help – ont logiquement suivi le même sort : simul stabunt, simul cadunt[82] ! Même l'organe « fort » de l'ONU a constamment[83] condamné de manière lapidaire les actes de représailles armées en temps de paix, comme étant « incompatibles avec les buts et principes des Nations Unies »[84]. Dans la même veine, un Etat « au-dessus de tout soupçon » en une époque non « suspecte » s'exprima ainsi : « in conclusion, it is clear that the United States has taken the categorical position that reprisals involving the use of force are illegal under international law ; that it is generally not willing to condemn reprisals without also condemning provocative terrorist acts ; and that it recognizes the difficulty of distinguishing between proportionate self-defence and reprisals but maintains the distinction »[85].

En conclusion, l'ordre international est devenu adulte grâce aussi à l'éviction de la force comme moyen licite de justice privée ; selon Pierre Clastres la guerre est un « mode de fonctionnement » d'une société primitive, c'est-à-dire,

---

[81] Th. Franck, « Who Killed Article 2(4) ? Or Changing Norms Governing the Use of Force by States », *American Journal of International Law*, 64, 1970, 809ss. ; auquel répondit L. Henkin, « The Reports of the Death of Article 2(4) are Greatly Exaggerated », *American Journal of International Law*, 65, 1971, 544-548.

[82] Pêle-mêle, force est de citer : AGNU, Résolution 2625 (1970), Principe n°1 ; Acte Final d'Helsinki (1975), Principe II.3 ; Article 50(1)(a) du Texte d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001). La CIJ a, quant à elle, martelé sur l'illicéité des représailles armées en temps de paix (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996 : C.I.J. Recueil 1996, 246, para. 46).

[83] A titre d'exemple : lors de la destruction du village jordanien de Qibya (14-15 octobre 1953) par l'armée israélienne le CS qualifia : « l'action de représailles entreprise à Kibia par les forces armées d'Israël [. . .] et toutes actions semblables [. . .] (comme) incompatibles avec les obligations que font aux parties les conventions d'armistice générale et la Charte » (Conseil de Sécurité des Nations Unies (CSNU), Résolution 101, 24 nov. 1953).

[84] CSNU, Résolution 188, 9 avril 1964 : plainte du Yémen suite à l'action militaire britannique à Harib du 28 mars 1964. Il n'est pas inintéressant de noter que le Royaume-Uni, tout à son honneur, n'exerça pas son droit de veto mais se borna à s'abstenir.

[85] Cité in : M.L. Nash, *Digest of United States Practice in International Law* (1983), 1979, 1749-1752 ou *ibid.*, « Contemporary Practice of the United States Relating to International Law », *American Journal of International Law*, 1979, 491.

toujours selon ses catégories, d'une société « indivisée »[86]. En effet, le droit (ou son absence) de l'Etat de se faire justice soi-même (justice privée)[87], est l'une des jauges par lesquelles l'on mesure le degré d'institutionnalisation de l'ordre juridique international. L'une des raisons de ce changement de paradigme doit être recherchée, nous semble-t-il, dans l'émergence d'une Communauté internationale organisée, comportant un système de sécurité collective ainsi que d'organes censés constater les situations de droit. Les Etats ne sont plus les justiciers de leurs propres droits, mais, liés par l'obligation de régler pacifiquement leurs différends (consacré précisément à l'article 2(3) et ligotés par l'interdiction du recours à la force (article 2(4)), se retrouvent désormais contraints de résoudre leurs différends de manière pacifique.

Quel chemin a été parcouru depuis quelques siècles seulement! Il est dès lors difficile de ne pas souscrire à ce qu'affirma – alors que le spectre de la Guerre froide commençait à hanter les esprits – le Président (et autrefois général) américain, Eisenhower : « With all the defects, with all the failures that we can check up against it, the UN still represents man's best organized hope to substitute the conference table for the battlefield »[88]. Il est donc du devoir des générations futures de garder allumée la flamme de cet espoir et ce d'autant plus que la règle en question a été efficace dans la limitation du nombre des conflits[89] pour qu'il y ait vraiment besoin de ressusciter les vampires du self-help armé.

---

[86] P. Clastres, *Archéologie de la violence. La guerre dans les sociétés primitives*, Paris, Seuil, 1980, 171-207.

[87] Sur le self-help en général et les représailles en particulier, nous renvoyons le lecteur aux brillants ouvrages de : D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994 ; L.A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite : des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ, 1990 ; L. Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Genève/Paris, IUHEI/Pedone, 1992.

[88] Cité in S. Talbott, *The Great Experiment : the Story of Ancient Empires, Modern States, and the Quest for a Global Nation*, New York, Simon & Schuster, 2008, 3.

[89] En effet, nonobstant la vulgate souvent colportée « [...] the last decade has seen fewer war deaths than any decade in the past 100 years [...] Worldwide, deaths caused directly by war-related violence in the new century have averaged about 55,000 per year, just over half of what they were in the 1990s (100,000 a year), a third of what they were during the Cold War (180.000 a year from 1950 to 1989), and a hundredth of what they were in the growing global population, which has nearly quadrupled in the last century, the decrease is even sharper. Far from being an age of killer anarchy, the 20 years since the Cold War ended have been an era of rapid progress toward peace », *Foreign Policy*, Sept./Oct. 2011, 53-54.

CHAPITRE QUATORZE

LES MAÎTRES « DUALISTES » ET LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, QUEL LIEN DE FILIATION ? A PROPOS DU DUALISME DES « ORIGINES », DE SES DÉRIVÉS ET DE SES APPLICATIONS

Raphaële Rivier*

> La guerre n'est point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme homme ni même comme citoyens, mais comme soldat [...]. Chaque Etat ne peut avoir pour ennemis que d'autres Etats et non pas des hommes, attendu qu'entre choses de diverses natures, on ne peut fixer aucun vrai rapport.

Cet extrait du *Contrat social* (chap. IV, Pléïade, 357) est l'épigraphe que Pierre-Marie Dupuy a placé au frontispice de son « individu et le droit international », publié en 1987 dans le numéro des *Archives de Philosophie du droit* consacré au droit international. Sa présence n'y joue pas le rôle de caution indirecte. Elle constitue un élément de l'objet démonstratif d'un texte alliant regard sur le droit international et présentations visionnaires. Valorisant « la conception d'une société internationale ramenée à la dimension interétatique, dans laquelle l'individu n'a de place que dans l'étroite dépendance de l'Etat », écrit Pierre-Marie Dupuy[1], la présentation du droit international issue de la philosophie des Lumières relègue le droit international hors de la sphère juridique. Or, rejet du droit naturel, d'un côté, riposte théorique aux thèses ne voyant dans la société internationale qu'un état de nature et dans le droit international qu'une partie du droit étatique (un droit public externe pour chaque Etat), de l'autre, tel est le projet des positivistes de la fin du XIX[ème] qu'on a appelés « dualistes »[2]. Pour démontrer

* Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

1 P.-M. Dupuy, « L'individu et le droit international (théorie des droits de l'homme et fondement du droit international) », *Archives de Philosophie du Droit*, 32, 1987, 119.

2 Sur ce point, voir A. Cavaglieri, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 26, 1929, 318 ; G. Sperduti, « L'individu et le droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 90, 1956-II, 733-734 ; E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 356, 2011, 253 ; D. Alland, *Anzilotti et le droit international public. Un essai*, 2012, Paris, Pedone, 25-72.

le caractère légalement régulé des rapports entre Etats, ils dissocient deux systèmes de droit, ayant leur sphère propre de validité et répondant chacun à une manière singulière d'être et de fonctionner. Le premier est celui de l'Etat, système vertical au sein duquel le mode de régulation des conduites par le droit est unilatéral. L'hétéronomie des règles de l'Etat représente un rapport d'autorité : les destinataires du droit de et dans l'Etat sont assujettis à un pouvoir normatif unifié réalisant un intérêt tenu pour supérieur. A ce modèle du commandement s'oppose celui auquel obéit la société interétatique dont le droit est précisément celui qui n'est pas produit unilatéralement, qui ne peut l'être en tant qu'il régit des rapports d'Etats souverains à Etats souverains, qui met ainsi en place entre eux des relations au sein desquelles ces derniers occupent à la fois la position de co-auteurs et de destinataires de la règle. Le droit international est créé par les Etats, entre eux et pour eux. « [I]l faut [donc], conclut Anzilotti, tenir pour dénuées de signification les objections dirigées contre l'existence du droit international et tirées de l'absence dans ce droit de quelques-uns des caractères propres au droit interne »[3]. La vue séparée du droit international et des droits internes, le projet dualiste, est « avant tout un effort pour extraire le droit international de l'orbe dangereuse du droit interne »[4].

Quel curieux renversement des ordres de perception. La philosophie des Lumières et son héritage théorisent que « c'est parce qu'elle est une société d'Etats que la société internationale persiste lamentablement dans l'état de nature », poursuit Pierre-Marie Dupuy[5]. Pour le dualisme des souches, « c'est parce qu'elle est une société d'Etats » sans comparaison avec la société de l'Etat que la société internationale est régulée par le droit. La convergence pour réduire la société internationale à la dimension interétatique, et en exclure les particuliers, s'entrechoque avec la divergence d'implications qu'elle appelle. Mais, par elle-même, elle semble indépassable : les « juristes positivistes de l'école classique », affirme le dédicataire :

> [N]e peuvent que constater la consécration par les institutions juridiques de la dépendance absolue de l'individu par rapport à l'Etat, ainsi qu'en témoignent en particulier les règles gouvernant l'exercice de la « protection diplomatique ». […] L'individu n'est ainsi à tout prendre que le prétexte à l'action internationale d'un Etat à l'égard d'un autre, et son malheur, la cause conjoncturelle d'un procès étatique. Il n'existe pas comme tel mais seulement par référence au souverain auquel il est rattaché.

---

[3] D. Anzilotti, *Cours de droit international. Premier volume : Introduction et théories générales* (trad. G. Gidel), Paris, Sirey, 1929 [*Corso di diritto internazionale, vol. I, Introduzione et teorie generali*, 1928, 3è ed., Roma, Athenaeum], réed. 1999, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 47.

[4] Alland, *Anzilotti et le droit international public*, 76. Voir aussi O. Beaud : « l'enjeu principal [pour H. Triepel] est de prouver que le droit international est un droit irréductible au droit interne, même si c'est une branche du droit comme une autre », Préface à H. Triepel, *Droit international et droit interne*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2010, 76 et xx.

[5] Dupuy, « L'individu et le droit international », 119.

D'où son interrogation :

> [l]'affirmation internationale des droits fondamentaux de la personne, accomplie par voie conventionnelle sur la base des dispositions générales de la Charte des Nations Unies, a-t-elle d'ores et déjà engendré une modification, même très partielle, des fondements du droit et des structures de l'ordre juridique international ?

Bâti à partir d'une idéologie d'après-guerre exprimée par la Charte des Nations, un « impressionnant édifice normatif [...] édifié en quelques décennie » fait de l'homme « non plus [...] seulement le point d'application d'une obligation interétatique » mais bien un « sujet au moins passif » du droit international. Qu'implique alors cette rupture avec la conception classique de l'Etat comme jonction entre deux mondes naturellement séparés par leur objet et leurs sujets ?

> Quelque chose a-t-il bougé dans les fondements du droit international public depuis l'intrusion des droits de l'homme dans l'ordre international ? On serait tenté d'esquisser [...] une distinction entre les finalités, à bien des égards nouvelles, assignées à un bon nombre de normes internationales et les *structures* du système juridique international. Une évolution sensible peut s'observer à propos des premières. Elle n'est en revanche pas vraiment discernable à propos des secondes[6].

Alors que la couverture s'est étoffée, que se multiplient les mécanismes propres à permettre la réalisation des règles internationales faisant des sujets internes leurs

---

[6] *Ibid.*, 119, 121-122, 131. On ne s'écartera pas dans lignes qui suivent de la notion de « sujet » retenue par le dédicataire. On dira d'une entité qu'elle est un « sujet » de droit international ou une « personne » internationale en tant qu'elle tire d'une règle internationale une « situation juridique subjective » (obligations, droits subjectifs, facultés, pouvoirs substantiels ou procéduraux) (voir G. Morelli, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 89, 1956-I, 500-505). Ainsi comprise, la notion de « sujet » d'un ordre juridique donné désigne le fait d'être destinataire d'une règle de cet ordre juridique, ce qui appelle deux précisions. Substantiellement, la qualité de « sujet » ou de « personne » n'indique rien par elle-même de la situation juridique effectivement faite au sujet, qui peut être « passive » (le sujet est titulaire de droits et/ou d'obligations) ou s'accompagner d'une aptitude à agir ou produire du droit. On appellera « capacité » ce volet « actif » ou instrumental de la personnalité : capacité du sujet de s'engager par ses actes (« capacité normative ») ou ses faits juridiques (« capacité délictuelle »), capacité de réclamer et/ou d'être attrait devant un organe international (« capacité processuelle »). Formellement, la qualité de « personne » ou de « sujet » est doctrinale, élaborée par la science du droit pour rendre compte de ce qu'un être occupe la position de sujet des propositions juridiques. C'est bien de l'ordre juridique international que cet être reçoit sa situation juridique mais le droit international lui-même ne définit pas les critères du « sujet » car il n'a pas besoin de le faire. Il se borne à faire de certaines entités ses destinataires, que l'observateur pourra alors traiter comme des « sujets » de l'ordre international s'il peut être établi qu'une règle de cet ordre juridique prend en considération l'activité de l'être en cause pour la diriger ou l'habiliter (voir aussi sur ces points, J.A. Barberis, « La personnalité juridique internationale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 179, 1983-I, 168-169).

propres sujets, ces conclusions sont confirmées par le témoignage de la pratique. Là en effet où le particulier est « directement investi d'un patrimoine juridique reconnu dans l'ordre international », la qualité de « sujet actif » ne peut toujours lui être reconnue « que sur la base de conventions spéciales, et sans doute pas encore en droit international général »[7]. Là encore où l'objet et les sujets du droit international sont pluriels, la souveraineté se maintient comme ressort organisant la société internationale. Faut-il dire ici que ces propositions sont relayées par le discours sur le droit, qui pointe en leur emboîtant le pas ce qui de « tendance » est devenue *le* véritable changement du droit international[8] ; un changement tel qu'il ne permet plus de se représenter le droit international comme un tout monolithique cimenté par l'interétatisme de ses origines, de son objet et de son mode d'action ? Le droit international n'est désormais uni qu'autour de ses modes de production et ses techniques de réalisation. Interétatique, il ne l'est que par sa « structure »[9].

C'est l'enjeu théorique et pratique de cette évolution que les pages qui suivent se risquent à éclairer en tentant de mesurer la postérité du monument doctrinal qu'elle remet en cause. Tandis que l'édifice est démenti par le témoignage du droit positif en tant que représentation globale du droit international, certaines des élaborations du projet dualiste sont mobilisées en pratique comme outils au service du particulier et de la garantie des droits qu'il tient immédiatement d'un rapport interétatique. Convoquées pour faire produire son plein effet à ce qui n'est autre pour lui qu'un instrument de « législation », et isoler la responsabilité internationale de ses auteurs à son égard, ces applications du dualisme sont même de première actualité. Or, à tout reconsidérer, la séparation formelle des systèmes (dualisme « strict ») n'exclut pas au droit international de jouer sur le mode législatif. La pratique le confirme. La « co-législation » est interdite à l'action concertée des Etats au nom de postulats idéologiques. Pour saisir les

---

7 Dupuy, « L'individu et le droit international », 122 et 128.

8 « Voici en effet *le* véritable changement », relève E. Lagrange : « là où tout droit était hier attribué ou reconnu par la loi (*lato sensu*), là où tout commandement émanait hier du seul législateur, la norme de référence peut être aujourd'hui ou pourra être demain le traité, la coutume internationale ou un acte unilatéral d'une organisation internationale » (Lagrange, « L'efficacité des normes internationales », 258-259).

9 D'où des phénomènes à la fois de complémentarité et de tension entre deux logiques, la logique relative du droit interétatique classique d'un côté, la logique objective du droit international relatif à la matière et aux situations internes de l'autre (R. Rivier, *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France (Thémis), 2012). Dans le même ordre d'idées, E. Tourme-Jouannet met en évidence la « dimension providentialiste » du droit international (relatif au droit interne et aux rapports que l'Etat entretient avec ses propres sujets) qui côtoie sans s'y substituer sa finalité libérale traditionnelle (de coordination de l'action interétatique), et conclut au droit international comme « droit libéral-providence » : il s'articule autour de la souveraineté de l'Etat et sa liberté, dont il vient compenser les excès (pour une synthèse, voir *Le droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France (Collection : Que sais-je ?), 2013).

formes renouvelées du dualisme (3), il convient donc de revenir aux sources : au dualisme originel d'abord (1), à la radicalisation qu'il a connue ensuite (2).

1. Perspective theorique : La separation des systemes implique-t-elle l'inaptitude des etats a « legiferer » ensemble (dualisme « originel ») ?

Le rejet d'une « co-législation » des Etats applicable à des êtres non étatiques figure au cœur du projet dualiste destiné au commencement à séparer le droit international des droits internes. Il n'est pourtant ni la supposition ni le complément nécessaire d'une autre de ses constructions, la différenciation des systèmes à raison de leur fondement. La mise en évidence de la séparation formelle des systèmes (dualisme « formel » ou « strict ») a déplacé le problème des destinataires du droit international de la définition de celui-ci (1.1) à son mode opératoire, et donc au statut de ses propositions (1.2).

1.1. *Définition du droit international par renvoi au fondement du système international*

Chez Heinrich Triepel, pour qui droit international et droit interne sont des « notions différentes », un lien d'implication logique scelle la « nature des rapports régis » par le droit international et la « source » qui le produit ; union fusionnelle nécessaire dans une présentation du système international reposant sur une autolimitation collective des sujets étatiques (*Vereinbarung*). De la détermination de la « nature » des relations que le droit international se destine à régir – des rapports entre Etats par opposition aux rapports dans l'Etat entre les individus ou ces derniers et l'Etat – dérive le caractère fondateur de la « volonté commune » opposée à la volonté de chaque Etat isolé. En ce sens un tel « dualisme » est un volontarisme, la détermination de l'origine (volontaire) du droit international résultant d'une répartition préalable des systèmes par la matière qu'ils régissent. Un volontarisme bordé par l'objet du droit international dont il est issu : la « nature » interétatique des rapports régis par le droit international explique la puissance du droit qui les régit. Or cette matière internationale n'est jamais démontrée mais supposée pour les besoins d'une présentation théorique. Elle est un postulat épistémologique convoqué pour fonder une discipline « droit international »[10].

[10] La théorie de l'autolimitation de l'Etat défendue d'abord par les volontaristes allemands est rejetée par H. Triepel : « qu'une limitation juridique puisse être imposée à un sujet vis-à-vis d'autres sujets seulement par son propre commandement interne, je tiens cela pour une chimère » (Triepel, *Droit international et droit interne*, 76). C'est dans la « volonté commune » des Etats, au sens d'une fusion de volontés, qu'il trouve le fondement du caractère obligatoire du droit international : « [d]ans la règle du droit

Au mythe du caractère absolu de la souveraineté de l'Etat, que l'on rapporte en général à Hegel, est ainsi substitué celui de l'autolimitation collective. « Cet autre mythe est ensuite tombé »[11], et, avec lui, c'est l'édifice originel « dualiste » qui s'écroule lorsque les positivistes italiens préfèrent à la division des systèmes par matière une distinction à raison des fondements respectifs des ordres juridiques. Ils s'en remettent à une prémisse antérieure au droit international et constitutive de son « système », qu'ils font jouer comme mécanisme de connaissance de ses éléments : « [l]a norme fondamentale, suivant laquelle les Etats doivent se comporter comme ils en sont convenus avec les autres Etats », écrit Anzilotti :

> [C]onstitue le criterium qui détermine quelles sont les normes qui composent l'ordre juridique international et qui différencie formellement ces normes de celles appartenant aux divers ordres juridiques internes, encore que ces dernières puissent à certains égards toucher aux rapports entre les Etats.

Si le concours de volontés étatiques produit du droit, ce n'est pas en tant que tel par la volonté de ses auteurs mais parce que *pacta sunt servanda* envisage leur convergence comme condition de la productivité légale[12]. Indiquant le critère à

---

international, ce n'est pas seulement sa volonté propre qui s'oppose à l'Etat : c'est une volonté commune, née de la collaboration avec les autres volontés étatiques » (*ibid.*, 78). Triepel substitue à l'autolimitation individuelle une autolimitation collective ou « intersubjective » (O. Beaud, préface à l'ouvrage précité, xxii) : la commune autolimitation, en tant qu'elle est supérieure à une volonté isolée, créé l'engagement dans l'ordre du droit sans le support nécessaire d'une règle extérieure. S'il en est ainsi, c'est à raison de l'objet de la relation régie. « A supposer qu'un tel droit international existe, il diffère du droit interne par la nature des rapports régis ». Le droit international « ne *peut* s'appliquer qu'aux rapports entre Etats coordonnés ». Il « *doit* régir d'autres rapports que le droit interne » (*ibid.*, 19-22). L'association entre l'objet des rapports de droit et la place de l'Etat au sein du système international permet de marquer la différence avec le droit interne dans lequel les relations de droit incluent les individus. « Nous avons déterminés jusqu'ici que les rapports que devait régler le droit international, s'il existe, poursuit Triepel. Nous n'avons pas encore démontré qu'il y a un droit pour ces rapports. Ce droit ne pourrait, disions-nous, soumettre à ces normes que les relations d'Etat à Etat. Peut-il y avoir un droit pour ces relations, et de quelle source découle-t-il ? [D]ans une communauté d'Etats, qui sont indépendants les uns des autres, et ne sont soumis à aucune puissance étatique supérieure [...], cette volonté, qui doit être obligatoire pour une pluralité d'Etats, ne peut pas appartenir à un Etat seulement. [...] Mais si la volonté d'aucun Etat particulier ne peut créer du droit international, on ne peut imaginer qu'une chose, c'est qu'une volonté commune, née de l'union de ces volontés particulières, se trouve capable de remplir cette tâche » (*ibid.*, 27-28, 31-32). L'origine interétatique du droit international est le corollaire nécessaire de la détermination préalable (et prélégale) de la nature (interétatique) des rapports régis par le droit international.

[11] G. Sperduti, « Dualisme et monisme. Le principe de la souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 153, 1976-V, 334.

[12] Anzilotti, *Cours de droit international*, 52. Rejetant tant la théorie de l'autolimitation que celle de la *Vereinbarung* comme inaptes « à expliquer le caractère obligatoire du

partir duquel identifier les composants du système « droit international », cette méta proposition fait disparaître la référence à la nature des relations régies : « [é]manant de normes fondamentales autonomes, le droit international et le droit interne sont, par suite, des ordres séparés »[13]. Les deux éléments de l'interératisme sont déconnectés. Le droit international n'est pas (plus) identifié par un critère qui tiendrait au caractère étatique de ses destinataires[14].

Les perspectives s'ouvrent car la différenciation formelle des ordres juridiques n'appelle qu'une conséquence : qu'un sujet d'un ordre juridique ne puisse être connu que par référence aux règles de cet ordre juridique. Résultant d'un ordre juridique, la situation d'un être ne peut en effet s'apprécier que par rapport à cet ordre. La séparation du droit international et des droits internes ne va pas au-delà. Elle n'exclut pas qu'une proposition ancrée dans l'ordre international s'adresse

droit international », l'auteur avance pour l'asseoir un principe-base extérieur à lui. Il introduit avec *pacta sunt servanda* un élément d'hétéronomie : cette règle constitue « le critère formel qui distingue les normes (internationales) des autres normes et les ramène à l'unité : toutes les normes et seulement les normes qui se ramènent à ce principe, comme à la source nécessaire et exclusive de leur valeur obligatoire, appartiennent à la catégorie de celles dont nous nous occupons ici. Ces normes constituent le droit international » (*ibid.*, 44-45). Convention intellectuelle des acteurs sociaux que la science du droit se borne à enregistrer, l'axiome fondateur se situe sur le terrain de l'évidence empirique : dans l'ordre des faits, les États tiennent la concordance de leurs volontés comme créatrice de droit. Relatif, le volontarisme italien traite le droit comme une représentation des acteurs sociaux. Il se distingue à cet égard du normativisme de Kelsen, animé par un présupposé théorique extérieur à l'observation des faits, dont la « norme fondamentale » est une décision de l'analyste permettant de valider la présentation du système juridique comme ensemble de normes hiérarchisées par degrés. Kelsen finira d'ailleurs par abandonner l'appareil néo-kantien et avec lui toute idée transcendantale de postulat méthodologique. La norme fondamentale devient une norme fictive d'une autorité fictive, qui tient pour normatif ce qu'en pratique on appelle « droit ».

13 Anzilotti, *Cours de droit international*, 51.

14 La manière dont a été établi le principe selon lequel seul les Etats sont des sujets de droit international comporte une « erreur », affirme Anzilotti : « au lieu de démontrer que les Etats seuls *sont* les sujets du droit international, on a affirmé que les Etats seuls *peuvent être* sujets du droit international ; par là on dépassait les limites de l'investigation permise aux juristes, en méconnaissant les exigences mêmes du positivisme juridique dont on déclarait vouloir partir » (*ibid.*, 123. Voir aussi en ce sens A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, Berlin/Wien, Springer, 116 ; et J. Stiropoulos, « Individu et droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 30, 1929, 216). Destinée à surmonter cette tautologie, l'hétéronomie qu'apporte le support de *pacta sunt servanda* fait disparaître ce qu'on pouvait lire dans l'une des premières éditions du *Corso di diritto internazionale* : « [d]e la notion même du droit international comme de l'ensemble des règles établies par la volonté collective des États pour le règlement de leurs rapports mutuels, il dérive que les sujets de ce droit sont les États et exclusivement les États » (*vol. I, Parte generale*, 1912-1914, Roma, Athenaeum, 69).

à un particulier. Les systèmes séparés par leurs sphères respectives de validité n'en communiqueraient pas pour autant. Ils continueraient de « construire des jeux de miroirs où les règles qui se réfléchissent, bien que d'apparence identique, n'ont jamais le même contenu et la même portée »[15] : les unes concerneraient les relations dans l'Etat, incluant celles issues de l'exécution par l'Etat de ses engagements internationaux, les autres les relations dans l'ordre international, incluant celles entre l'Etat et des sujets internationaux non étatiques mais toujours dérivés d'une activité entre Etats. Pour l'exprimer autrement, l'accès immédiat du particulier à l'ordre international n'implique pas l'accès direct du droit international dans le droit interne et réciproquement : le dualisme formel ou strict des systèmes interdit que la situation faite à un être par le droit étatique emporte de plein droit une situation internationale qui ne peut dériver que d'une proposition de l'ordre international. L'identification du droit par un critère formel, et donc le dualisme au sens strict de la séparation des systèmes, n'exige-t-elle pas, même, l'accueil de rapports et de sujets d'un système par un autre ? Une minorité d'auteurs qui font produire son plein effet à la concordance des volontés étatiques l'admet dès les années 20[16]. Aucune raison logique n'implique de brider la volonté d'Etats agissant de concert d'élever leurs propres sujets au rang de sujet des propositions qu'ils mettent au point dans l'ordre international : ni, on vient de le voir, la séparation formelle des systèmes qui ne suppose aucune différenciation de leurs

---

[15] L. Azoulai, « Retour sur un classique : H. Triepel », *Revue Générale de Droit International Public*, 109(2), 2005, 512-515.

[16] « [R]ien ne semble empêcher l'extension [de la] reconnaissance [de la personnalité] à d'autres entités qui en tant que reconnues par un acte de droit international ne peuvent que devenir des sujets de cet ordre juridique », affirme A. Cavaglieri (« Soggetti del diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, 1925, 180-181. Voir aussi Cavaglieri, « Règles générales du droit de la paix », 318-320). A la même époque, A. Decencière-Ferrandière relève que la création conjointe de nouveaux sujets par les Etats est conforme au postulat volontariste (A. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par les étrangers*, Paris, Pedone, 1925, 42ss.). Ce point de vue intermédiaire entre le dualisme originel et le monisme intégral, qui reste minoritaire, est également exposé dès la fin du XIX^{ème} chez des auteurs comme Fiore ou Bluntschli, puis développé dans les années 20 par Jennings et Le Fur (voir sur ces points, E. Castellarin, « Retour sur un « classique » : J. Stiropoulos », *Revue Générale de Droit International Public*, 117(1), 2013, 952-957). Faut-il donc ajouter que l'immédiateté du droit international, que n'interdit pas une vision dualiste des systèmes entendus comme sphères de validité (dualisme strict), est tout autant séparable d'une vision moniste des rapports de systèmes, et des conceptions sociologiques ou normativistes qui la fondent ? Inversement d'ailleurs, dualisme strictement entendu et objectivisme n'ont rien d'inconciliables pour ceux qui nient toute unité au milieu social global mais l'acceptent rapporté à deux sociétés formellement différenciées (dualisme au sens strict), en tant qu'elles correspondent à deux milieux représentant chacun un droit objectif tourné vers l'accomplissement de la solidarité (objectivisme).

objets respectifs[17], ni, on va y venir, l'organisation de la société internationale à partir de la figure étatique.

1.2. *Caractérisation du statut du droit international par renvoi à son mode opératoire*

Dans sa postérité italienne l'école dualiste définit le droit international par un critère formel tiré de son origine interétatique. Elle y ajoute sans jamais l'expliciter ni le justifier un élément supplémentaire relatif à son mode d'action typique. Reprenons la formule illustre d'Anzilotti :

> Du principe que toute norme n'a de caractère juridique que dans l'ordre dont elle fait partie, dérive la séparation nette entre le droit international et le droit interne en ce qui concerne le caractère obligatoire de leurs normes respectives : les normes internationales n'ont d'efficacité que dans les rapports entre les sujets de droit international ; les normes internes n'ont d'efficacité que dans l'ordre étatique auquel elles appartiennent[18].

Comment ne pas y trouver en écho « l'attendu » du *Contrat social* « qu'entre choses de diverses natures, on ne peut fixer aucun vrai rapport » ? *Pacta sunt servanda* assumant le rôle de règle d'identification des éléments du système « droit international », le critère des destinataires du droit international se décale de la définition de celui-ci au statut de ses règles : par « nature », les opérations internationales consisteraient en l'institution de relations de semblable à semblable, donnant lieu à des propositions régissant les conduites des co-auteurs entre eux, à l'exclusion de règles opposables à une collectivité d'assujettis différenciée de ceux ayant consenti à leurs effets. Tel est, plutôt que son objet, le mode opératoire du droit international qui empêche la mise au point dans l'ordre international de règles qui viendraient réguler les conduites de ses destinataires en les envisageant séparément comme le ferait un commandement. Si en effet des sujets de droit international se trouvaient face à un pouvoir normatif extériorisé, intervenant comme autorité à leur égard, ils seraient dans la même situation que les sujets dans l'Etat, et plus rien de leur fonctionnement ne distinguerait les énoncés du droit international des propositions du droit interne. Le propre du droit interne, opposé à « des déclarations échangées entre deux ou plusieurs Etats », écrivait Triepel, est de ne « découle[r] que de la volonté de l'Etat s'adressant

---

[17] En ce même sens, voir par exemple, C. Santulli : « [l]a séparation des ordres juridiques n'implique pas une différence de objet de la réglementation car aucune raison logique ne le justifie (et que la pratique le confirme) si par objet on entend, suivant sa signification pré-légale, un champ d'investigation défini une fois pour toute comme le seraient le droit social, le droit fiscal, le droit de l'environnement », *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, 263.

[18] Anzilotti, *Cours de droit international*, 55-56.

impérativement à ses sujets »[19]. Dans la logique intersubjective de Triepel ou dans la vision hétérolimitée d'Anzilotti, la concordance de volontés à l'origine du droit international est aux antipodes de la volonté de l'Etat : elle est inapte à engendrer des règles objectives. Sur la question de l'immédiateté du droit international, le dualisme des origines repose sur une association irréductible entre conception volontariste du droit international et vision rigoureusement intersubjective de celui-ci, dont le mode d'action (prétendu) vient encadrer la volonté de ses auteurs, convergerait-elle : les auteurs du droit international et ses destinataires se confondent en conséquence d'une impropriété naturelle des Etats à vouloir pour d'autres qu'eux-mêmes. Sur cette base est présentée une systématisation de la pratique internationale d'où le mode hétéronome de détermination des conduites est évincé. Il en est résulté deux conséquences.

La première est une résistance à admettre qu'une personnalité morale puisse être abstraite d'une collectivité de souverains, même organisée, et la mise au point consécutive de la théorie de l'organe international commun. Si en effet le droit international doit être voué à la mise en place de relations de tête-à-tête entre Etats au sein desquels ces derniers occupent nécessairement la position d'auteurs et de destinataires, ce mode d'action propre interdit la production par une entité tierce d'un droit opérant pour les Etats sur le modèle hétéronome de l'acte unilatéral interne. Il faut donc voir dans les groupements d'Etats des procédures par lesquelles se manifestent des volitions collectives ou se concertent des actions communes que le droit international impute à chacun des Etats associés, plutôt que des unités personnifiées, distinctes des associés[20]. La seconde conséquence est l'exclusion du particulier de la sphère internationale[21]. Le droit international ne s'adresse jamais à lui. Quand il le met en cause, il crée tout au plus des possibilités de modification de sa condition qui se réaliseront par l'entremise de l'État donnant effet dans son ordre interne aux engagements internationaux

---

[19] Triepel, *Droit international et droit interne*, 115.

[20] L'organe commun international a été systématisé en théorie pour rendre compte des unions douanières et administratives, ainsi que des unions personnelles. Voir, par exemple, D. Anzilotti (*Cours de droit international*, 283ss. et 297 s.) et, dans son prolongement, G. Morelli : « l'activité exercée par l'organe d'une union, en tant qu'organe collectif, est une activité que le droit international impute simultanément aux Etats membres de l'union » (Morelli, « Cours général », 565). Sur les différentes formes d'organisation, voir R. Rivier, « L'utilisation d'autres formes d''organisation internationale' », *Revue Générale de Droit International Public*, 116(3), 2012, 483-509.

[21] Et la mise au point consécutive des bases de la responsabilité internationale de l'Etat conçue comme une responsabilité entre Etats avec, d'un côté, la construction théorique de l'imputation des faits des individus à l'Etat, de l'autre, la mise en évidence de la responsabilité de l'Etat à raison des faits dommageables mettant en cause les étrangers et de la « protection diplomatique » qui permet de la réaliser. Pour une étude de ces points et de leur articulation dans la présentation anzilottienne de la responsabilité, voir Alland, *Anzilotti et le droit international public*, 149-160.

qui le lient. En miroir, les droits nationaux sont cantonnés à la détermination des rapports que l'État entretient avec ses sujets et de ceux que ces derniers nouent entre eux. Là où la dualité des sphères de validité suppose le truchement du droit interne aux fins de l'efficacité interne de l'engagement international, le mode opératoire prétendu du droit international fait du droit de l'Etat l'intermédiaire incontournable entre une règle internationale et un particulier : les règles internationales

> [Q]ui, en apparence imposent des devoirs aux individus, imposent en réalité à l'Etat l'obligation d'interdire ou de punir certains faits individuels [...]. Et les normes qui en apparence accordent des droits aux individus, en réalité obligent ou autorisent l'Etat à accorder les droits dont il s'agit : l'individu tire ces droits, non pas de la norme internationale, mais de la norme interne[22].

Jamais démontrée en tant que telle mais seulement par opposition de la théorie de l'organe d'activité intérieur (ou organe commun interne) pour éclairer les voies de droit accessibles aux particuliers devant les tribunaux arbitraux mixtes – tenus aujourd'hui pour constituer l'exemple le plus célèbre de juridiction internationale ouverte à la saisine du particulier après la Première Guerre Mondiale –, et autorisant par suite tout au plus à dénier aux particuliers une aptitude à réclamer qui ne se confond pourtant pas avec la personnalité juridique, la « réalité » dualiste n'exprime rien d'autre qu'une certaine conception idéologique de l'État ; l'Etat comme interface entre deux univers qui tiennent leur étanchéité respective de leur différence de mode opératoire : celui du droit international au sein duquel chaque Etat agit en représentation de ses intérêts propres sur le modèle des rapports de droit privé ; celui du droit interne où l'Etat agit en représentation de l'intérêt de la collectivité dont il est l'incarnation, intérêt réputé supérieur et fondant ses prérogatives de puissance publique. La question de l'immédiateté du droit international met cet équilibre en danger car, si on l'admettait, faudrait-il trouver dans la production par une pluralité d'Etats de règles s'adressant à des êtres différenciés d'eux l'exercice d'une fonction de représentation de l'ensemble de ces destinataires, ainsi unifiés en une collectivité propre, distinguée de la collectivité étatique et même superposée à elle ? Faudrait-il conclure que les Etats à l'origine d'une telle « législation » sont par là-même fondus en un Etat unique sur le modèle de l'Etat fédéral ? On le comprend, la conception de l'Etat affirmée par le dualisme n'est pas seulement une autre manière de dire que les systèmes sont formellement séparés (et donc que l'incorporation interne du droit international repose sur le droit interne). Elle la complète sans doute, s'y faufile parfois au point de se rendre indiscernable, mais n'en est pas le doublon. Elle parvient à une conclusion propre – l'absence de droit international hétéronome – qui, on l'a dit, n'est pas présupposée par la séparation des systèmes, ni d'ailleurs nécessaire à celle-ci. L'intersubjectivité du droit international joue en parfaite autonomie

[22] Anzilotti, *Cours de droit international*, 134.

comme pendant du dessein de départ : rendre incontestable la positivité d'un droit international distingué du droit étatique en interdisant toute conclusion tirée de l'absence dans celui-là des singularités propres à celui-ci[23].

2. Approche ideologique : L'impossibilite postulee d'une « legislation inter-etatique » au service de la separation des systemes (dualisme « radicalise »)

Reconduisant sans égards au témoignage de la pratique le projet qui avait présidé aux présentations dualistes, la filiation « classique » pose en héritage que l'immédiateté est inaccessible à la règle internationale (2.1). Une part de l'enjeu se déplace vers les mécanismes de réalisation des règles internationales dont le particulier serait, dans cette présentation, l'objet (2.2).

2.1. *Immédiateté, mode d'être inaccessible au droit international*

Le droit international est « public » par son origine, il ne peut l'être par son fonctionnement. Cette donnée qui devait faire l'objet du raisonnement pour

[23] A cet égard, Anzilotti prolonge Triepel selon qui la règle internationale « ne régit que les relations de l'Etat, en tant que « tout », avec ses semblables. Le rapport entre l'Etat et l'individu lui est inaccessible » (Anzilotti, *Cours de droit international*, 120). L'affirmation change seulement de statut : là où dans la construction de Triepel, la nature des rapports régis est un postulat épistémologique nécessaire à l'identification d'une discipline « droit international », la non-immédiateté du droit international est dans la pensée dualiste italienne, qui fonde le droit international sur la méta règle *pacta sunt servanda*, un postulat idéologique justiciable de la même critique. Car Anzilotti n'explique pas l'impuissance des propositions internationales à s'adresser aux particuliers. Il apporte avec la théorie de l'organe commun interne une justification alternative sans démontrer que les Etats seuls sont destinataires des règles internationales qu'il s'agit de réaliser. Il n'établit pas d'abord la pertinence d'un raisonnement en termes d'organe commun interne pour rendre compte des voies de droit ouvertes par les traités. « [Q]ue les dispositions des traités en question, qui accordent à l'individu le droit de recourir aux tribunaux arbitraux mixtes et établissent les règles applicables par ces tribunaux, soi[en]t devenues des normes internes de chacun des Etats contractants » (*ibid.*, 136) rend compte du jeu de l'exécution interne par l'Etat de ses engagements internationaux. Or les mécanismes de l'incorporation comme de la transposition n'effacent pas l'immédiateté des règles faisant des particuliers leurs sujets. Ils la complètent. De telles règles s'adressent toujours aussi aux Etats qui les ont mises au point, desquels elles attendent le respect de leurs prévisions, y compris dans leurs propres ordres et par leurs moyens internes. Ensuite, et en tout état de cause, envisager les tribunaux arbitraux mixtes comme des organes juridictionnels communs à plusieurs Etats permet au mieux d'exclure la reconnaissance au bénéfice du particulier d'un droit de réclamer devant une juridiction internationale qui n'est pas, dans la conception même d'Anzilotti, une condition de la personnalité.

asseoir les présentations dualistes de la genèse est soustraite à établissement. Elle y occupe le rang de décision, celle de l'observateur qui prend pour point de départ la « nature » supposée du droit international, une forme de « réalité » qui se niche sous l'apparence des énoncés internationaux, qu'on pourrait tout aussi bien envisager comme un ressort d'organisation d'une société qui se veut sans pouvoir central, et dont on pourrait considérer qu'elle n'est que de présupposer dans les sujets de droit international la qualité d'Etat sans exclure pour autant la subjectivité internationale d'êtres dont la société internationale n'est pas le milieu « naturel » (au sens d'originel) et dont la situation internationale ne serait ni immédiate ni plénière[24]. Les circonstances historiques prévalant alors ne laissaient pas anticiper les difficultés qui pourraient surgir d'une telle donnée, lorsque le développement de règles internationales ressemblant à celles que produit l'Etat dans son ordre interne s'accompagnerait de procédures destinées à les réaliser devant des organes ancrés dans l'ordre international. Alors que l'Etat lui-même se transforme dès la veille du second conflit mondial, assumant désormais une large responsabilité dans des domaines autrefois laissés à la libre régulation et faisant intervenir le droit international dans des situations qui relevaient traditionnellement de la sphère des personnes privées dans le contexte du droit interne, la posture dualiste demeure dans cette forme de mythologie plus ou moins absolue de l'Etat libéral, qui le tient pour intermède nécessaire entre le droit international et le particulier[25]. Le premier fait rentrer le second dans son contenu, concède-t-elle, mais ne peut s'adresser qu'à l'Etat aux fins qu'il garantisse par ses propres moyens internes ces règles internationales à objet interne. On admet un élargissement des finalités du droit international. On refuse leur concrétisation par l'immédiateté des règles qui les incorporent. Les particuliers sont intégrés au droit international « en tant que destinataires des activités gouvernementales des Etats, dont le droit international règle l'exercice »[26].

S'il en est ainsi, si le droit international s'appuie sur les ordres internes respectifs pour atteindre les buts de nature protectrice ou répressive qu'il poursuit à l'égard des particuliers, si les Etats agissant conjointement sont incapables de s'engager en direction de leurs propres sujets mais seulement aptes à les garantir par leurs

---

[24] En ce sens, par exemple, Cavaglieri, « Règles générales du droit de la paix », 318-320.

[25] Comme le relève Paul Reuter, les présentations les plus marquées de l'école dualiste se sont développées à un moment où une bonne part de la vie sociale était soustraite à l'action étatique dans un contexte de libéralisme où « donne[r] tous les droits, ou mieux encore tout le droit à un Etat qui en usait peu » ne permettait pas de faire apparaître les inconvénients d'une telle édification de l'Etat (P. Reuter, « Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public », in *Mélanges George Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, 538). Voyez aussi M. Bourquin, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droitinternational*, 35, 1931, 22-26.

[26] G. Sperduti, « La personne humaine et le droit international », *Annuaire Français de Droit International*, 7, 1961, 145.

droits internes, c'est à cause de l'efficacité du lien de droit interne unissant l'Etat au particulier, à cause du degré d'autorité de l'Etat sur les particuliers :

> Le droit international se singularise maintenant en ce qu'en principe il ne confère pas lui-même aux individus des droits et des devoirs, puisqu'il tient compte du fait que les individus sont fermement placés sous l'autorité des Etats et qu'il convient donc de s'adresser à ces derniers pour arriver jusqu'aux individus. Le statut international des individus est intermédiaire[27].

Sujets de droit d'un Etat souverain, les particuliers ne sont en toute hypothèse que des objets du droit entre Etats car les Etats agissant de concert ne pourraient s'adresser à eux que si le droit international les tenait pour représentés par et travers l'Etat. L'immédiateté du droit international supposerait autrement dit que les particuliers soient aussi (et avant tout) sujets d'une communauté juridique universelle dont les Etats ne seraient qu'une subdivision, ce qu'ils ne sont pas : « les Etats ne sont pas des formations sociales intermédiaires entre une base sociale humaine et le droit des gens »[28]. Une des conséquences de la division du monde en souverains étant l'indifférence du droit international pour l'organisation interne de l'Etat, le droit international est en tant que tel (i.e., sauf engagement contraire de l'Etat) dépourvu d'emprise sur les organes étatiques. Le constat n'est pas contestable mais ce que lui fait dire la présentation dualiste. Etayant l'argumentaire sous-jacent au dualisme des origines, elle développe que, précisément, ce sont de ces organes étatiques (soustraits à l'emprise du droit international) que « les règles internationales concernant les individus dépendent pour leur création et leur exécution ». Entre les règles internationales s'adressant à l'Etat et les règles internes s'adressant aux individus se trouverait ainsi « la souveraineté de l'Etat ou de son organisation », « une situation de fait, qui agit comme un « diaphragme » entre les deux phénomènes normatifs dont elle rompt la continuité »[29]. Est érigée en principe une exigence de continuité dans la représentation : l'organisation de la société internationale à partir de la souveraineté créé une discontinuité juridique entre la règle internationale et les règles internes car ces dernières étant les seules aptes à exprimer la volonté de la collectivité juridique dont relèvent les particuliers, elles sont « nécessaires » pour les l'atteindre. Or cette exigence n'est pas plus que les effets imputés au lien de sujétion entre l'Etat et le particulier recherchée à partir de la représentation qu'en ont les Etats (telle qu'on peut la discerner à travers leur pratique).

Que le droit entre Etats régisse immédiatement les rapports d'un des Etats parties à la relation interétatique avec ceux qu'il maîtrise (ses nationaux, les étrangers localisés sur son territoire, les hommes etc.), jusqu'à même s'insinuer

---

[27] *Ibid.*, 146.

[28] G. Arangio-Ruiz, « L'Etat dans le sens du Droit des gens et la Notion du Droit international », *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 26, 1975, 31.

[29] *Ibid.*, 33.

dans les relations entre particuliers, ne remet pas en cause l'assujettissement de ces derniers à la puissance publique, et donc la liberté d'organisation de l'Etat. Les droits subjectifs que le sujet interne tiendrait en propre du droit international contre l'Etat, les obligations dont il répondrait dans un ordre international réglant ses activités et/ou incriminant ses comportements, viendraient d'un instrument dont l'internationalité les mettrait hors de portée du pouvoir unilatéral des Etats qui en sont à l'origine. Il s'agirait précisément tantôt de protéger le sujet interne de l'Etat qui le tient en sa domination, tantôt de le soustraire à son *imperium* pour le soumettre au droit (et à un organe) international, parce que l'Etat le tient en sujétion. Récuser le caractère exclusivement interétatique des relations régies par le droit international n'est pas sur un plan théorique réfuter la souveraineté de l'Etat, sa personnalité juridique, son organisation inconditionnée par le droit international et donc son autorité sur les sujets relevant de sa collectivité telle qu'il la détermine et la structure librement[30]. Ce n'est pas discuter le modèle d'une société internationale divisée en unités souveraines élémentaires au profit de celui de la fédération dans le contexte d'un monisme à primauté du droit international parfaitement réalisé. La pratique le confirme. Les États mettant en place conjointement des règles en direction de leurs sujets ne sont internationalement réputés agir ni en représentation de ces derniers ni en représentation d'une communauté juridique universelle dont ils viendraient mettre en œuvre le droit, à la fois supérieur et intégré à leurs ordres ainsi dérivés. Tandis que le droit international admet l'immédiateté de ses règles, il ne tient pas le particulier auquel il s'adresse ou une communauté dont ce dernier relèverait pour ayant exprimé sa volonté à travers l'Etat. L'Etat n'est pas reconfiguré. Au sens du droit international, il n'est pas un « agent » d'une communauté universelle mais bien l'auteur réel des règles qu'il met au point dans l'ordre international à destination de ses sujets. C'est pourquoi la situation internationale du sujet interne n'est pas dissociable des attributs et de la sphère internationalement garantis à chaque Etat, qui joue comme intermédiaire nécessaire entre les règles internationales et les sujets internes sans doute mais d'un seul point de vue génétique. Les particuliers tiennent leurs droits, obligations et pouvoirs éventuels d'une activité interétatique, le cas échéant des décisions des organisations internationales, plutôt que

30 Dans le même sens, E. Lagrange : « aucune raison logique n'impose de cantonner l'objet des normes internationales à la régulation des rapports de souverain à souverain, la personnalité juridique internationale de l'Etat s'interposant entre les normes internationales et ses propres sujets. Rien n'est impossible aux souverains dont les volontés convergent […]. Les normes internationales peuvent avoir pour destinataires les personnes privées, sans toutefois menacer l'institution étatique : élevées au rang de sujets du droit international, ainsi reconnus aptes à être titulaires de droits et d'obligations provenant d'une source internationale, les personnes privées ne s'émancipent pas pour autant de l'ordre juridique étatique, le pouvoir de contraindre demeurant pour l'essentiel entre les mains de l'Etat » (« L'efficacité des normes internationales », 257).

d'une règle générale, ce qui fait d'eux des sujets dérivés et dépourvus de statut international-type. Leur situation internationale se nourrit de la matière interne à laquelle elle s'adosse[31], et ne se concrétise que si et lorsqu'ils relèvent de la compétence internationale de ceux ayant concouru à l'établir à leur profit. C'est dire que, mouvante dans le temps, dans son contenu, et dans l'espace, la personnalité internationale des particuliers est relative et contingente : elle se module au regard des engagements des Etats ou des décisions des organisations internationales sous l'empire desquels se trouvent les intéressés. La pratique serait-elle plus imaginative que ses contemplateurs ?

« Pour qu'il n'y ait rien dans le droit international contre la personnalité des individus », écrivait G. Arangio-Ruiz en réponse à Lauterpacht, « il faut une révolution de dimensions inouïes, ou une évolution dont nous ne voyons pas le commencement ». « L'élément décisif de la solution du problème de personnalité », ajoute-t-il, « reste au fond le fait qu'en droit international les individus ne constituent pas la base sociale, la raison d'être première et ultime des règles »[32]. Opposant à leurs sujets dérivés (particuliers comme organisations internationales) les effets d'un droit interétatique dont ces derniers ne sont pas internationalement réputés être les auteurs, les Etats s'accommodent de cette discontinuité dans la représentation. D'un côté, leur souveraineté implique qu'ils n'agissent que pour eux-mêmes. De l'autre, l'absence de présupposition par le droit international de la représentativité des organes de l'Etat ne rend pas les Etats inaptes à former une volonté normative unifiée, extérieure et même étrangère aux destinataires du droit produit. Tandis que le témoignage du droit positif admet une législation internationale sans représentation internationale, le dualisme continue d'avancer l'argument de la souveraineté et de la « fermeté » d'un lien de sujétion entre l'Etat et le particulier interdisant par « principe » l'accès du particulier à l'ordre international. Et pour cause un lien de cette nature n'a pas été forgé à partir

---

[31] L'origine interne des particuliers, leur personnalité interne, sert de « matière » pour la constitution de leur personnalité internationale (voir Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, 319-321). Les qualités au titre desquelles un sujet interne peut être sujet international sont multiples : il peut l'être en tant que « national » d'un État, en tant que « national-actionnaire » d'une société, en tant que « fonctionnaire » d'une organisation internationale, en tant qu' « Homme », etc. Au même titre qu'un être artificiel ne peut être institué en « personne morale » que par le droit, l'être réel qu'est l'individu ne peut être « national », « actionnaire », « fonctionnaire international » ou même, en toute rigueur, « Homme » suivant un certain ordre juridique sans être sujet de cet ordre, c'est-à-dire institué en « personne physique ». Même physique, la « personne » est un produit du droit, une représentation dans son ordre d'une réalité empirique. Sur cette base, les « particuliers » ne sont destinataires des propositions internationales qui s'adressent à eux qu'en tant qu'ils sont aussi et déjà des sujets dans l'ordre étatique dont ils relèvent. Dans cette mesure, ils se distinguent des États et des organisations internationales qui sont dotés d'une personnalité internationale indifféremment de la situation que leur fait le droit interne.

[32] Arangio-Ruiz, « L'Etat dans le sens du Droit des gens », 35.

de la pratique. Il était le point qui devait être fixé pour fonder un durcissement du dualisme originel, posé en réaction au développement puis au renforcement des thèses monistes présentant le droit international sur le modèle d'un droit fédéral comme celui de la « solidarité interindividuelle », et qui n'est toujours pas démontré. Car, n'admettre d'engagement international de l'Etat qu'à l'endroit de ceux dont l'Etat est internationalement réputé exprimer la volonté, n'est jamais qu'une application particulière du sacro-saint postulat selon lequel le droit international a exclusivement vocation à mettre au point des liens de droit entre ceux qui y ont consenti. Il faut croire en effet que déceler le moindre signe d'objectivité dans le mode d'action des règles internationales serait toujours prendre un risque. Pas tant de réintroduire ce dans quoi Anzilloti percevait des « infiltrations erronées issues des doctrines du droit naturel »[33], que d'ouvrir la voie, en toute conformité avec les prémisses méthodologiques du positivisme, à une réduction du droit international à un droit interne à usage externe. Si les modes opératoires respectifs du droit international et du droit interne coïncidaient, même partiellement, plus rien n'interdirait une appréciation de la positivité du droit international à l'aune du modèle étatique de l'autorité. Ce fantasme originel perdurant, il rend sourd à l'anachronisme du projet qui le portait en lui. L'étau se resserre entre le combat actuel du monisme intégral à primauté du droit international « interindividuel » et le fantôme de l'héritage philosophique voyant dans le droit international une délégation des ordres internes, une branche externe du droit étatique. L'irréductibilité du droit entre Etats au droit dans l'Etat se radicalise. Mise au service de la séparation des systèmes, qui s'en passerait pourtant bien, elle assume le rôle de lentille à partir de laquelle le droit international est tout entier considéré. Les sujets internes seraient au mieux des sujets dans un sens matériel (en tant qu'objet de la réglementation) mais ne sont pas des sujets au sens formel (en tant que destinataires de celle-ci)[34].

---

[33] D'aucuns semblent même privilégier le recours au droit naturel en tant qu'il n'est pas du droit international plutôt que de remettre en cause le caractère interétatique des rapports régis par ce dernier. Rolando Quadri par exemple trouve dans la répression internationale des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité l'expression la mise en œuvre d'un ordre public universel ne relevant pas du droit international public mais d'un « droit commun de l'humanité » (R. Quadri, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 113, 1964, 409). L'existence d'un « droit humanitaire », distinct autant du droit international que du droit interne, est défendue afin de justifier le châtiment individuel des crimes « contre l'humanité » (voir aussi P. Nuvolone, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, 1945, Rome, Edizioni della bussola, 43ss., 59ss. et 73ss.).

[34] Une alternative à cette qualification consiste chez G. Sperduti à dire que « les individus sont en droit international des personnes, tout en n'y étant pas, en principe, des sujets » (Sperduti, « La personne humaine et le droit international », 146). Voir, pour une critique de ces positions « intermédiaires » qui « ne di[sen]t pas beaucoup », G. Arangio-Ruiz qui conclut de son côté à l'absence de base pour rejeter la théorie de

2.2. *Réalisation de règles immédiates, objet impossible du droit international*

A défaut de concrétiser une situation subjective que les particuliers ne peuvent par hypothèse tenir de la règle internationale elle-même, les mécanismes établis pour la réaliser viennent-ils la constituer ? « L'ordre juridique international dispose-t-il », interroge Rolando Quadri, « des organes nécessaires pour se mettre directement en contact physique avec les individus ? Voilà le point essentiel. Si le droit international ne dispose pas de tels organes, il n'aura aucune possibilité d'atteindre les individus par ses commandements, n'aura aucune possibilité d'en faire ses propres destinataires »[35]. Inégalement fidèles au précepte positiviste, les arguments avancés se superposent et se combinent pour démontrer que de tels organes sont introuvables ou que, des actions ouvertes devant eux, ne résultent aucune personnalité internationale[36].

Préférant restreindre le champ d'action du droit international plutôt que troubler sa représentation parfaitement interétatique, les premiers s'appuient sur l'existence d'ordres à la fois distincts du système international et des systèmes internes. Ainsi le droit interne des groupements d'Etats ressortirait d'un ordre juridique particulier, autre que l'ordre international. Les entités comme les tribunaux administratifs mis en place dans le cadre de l'organisation internationale du Travail ou de l'organisation des Nations unies, devant lesquels les fonctionnaires de l'organisation disposent d'un droit de recours contre l'organisation, seraient réglés par ce droit propre de l'organisation qui n'est ni le droit interne ni le droit international. Ces instances seraient des organes de cet ordre tiers. Les procédures ouvertes devant eux ne concrétiseraient ou ne constitueraient par suite aucune personnalité internationale au profit des fonctionnaires[37].

---

l'individu comme objet du droit international (Arangio-Ruiz, « L'Etat dans le sens du Droit des gens », 36).

35 Quadri, « Cours général de droit international public », 398.

36 Lorsque en tout cas de tels organes sont traités comme dignes d'intérêt pratique. Des auteurs comme Rolando Quadri ont vu « dans ce qu'on appelle l'accès direct de l'individu à la justice internationale [...] un phénomène tout à fait exceptionnel, ayant une portée très limitée, et dont l'importance pratique est presque insignifiante ». Relevant que la Cour internationale des prises de 1907 n'a jamais existé, que la Cour de Justice de l'Amérique centrale de 1907 n'a jamais fonctionné pour des affaires individuelles, considérant les Tribunaux arbitraux mixtes comme un « phénomène passager lié à la défaite des Puissances centrales et qui n'était pas destiné à créer un précédent pour de nouvelles expériences », l'auteur ajoute que, « après la seconde guerre mondiale, le mouvement en faveur des droits de l'homme ne s'est traduit dans aucune institution judiciaire permettant aux individus d'assigner les Etats. La Cour européenne des droits de l'homme est fermée aux individus, ainsi que la Cour internationale de Justice ». Le problème présentait donc, en 1964 en tout cas, « un intérêt plutôt théorique que pratique » (*ibid.*, 403).

37 G. Morelli discerne dans l'ancien Tribunal administratif des Nations unies un organe de l'organisation considérée en tant que sujet de son propre ordre interne. Une fois

Une autre série d'arguments considère les tribunaux devant lesquels un recours des particuliers est aménagé comme des instances internes. Ces tribunaux sont prévus par un instrument international, qui détermine les droits et obligations qu'assument réciproquement leurs participants, mais ils ne sont pas ancrés dans l'ordre international et, de l'instrument qui les envisage, le particulier ne tire aucun droit international de réclamer ou aucune aptitude internationale à être attrait. Il faut trouver dans ces tribunaux – qui ne permettent donc ni aux particuliers de mettre en cause la responsabilité internationale de l'Etat, ni aux Etats de rechercher la responsabilité internationale des particuliers – tantôt des tribunaux étatiques, tantôt des tribunaux étatiques communs. Les tribunaux CIRDI pourraient relever de la première catégorie : le droit international prévoirait leur création sans instituer lui-même de droit d'action au profit de l'investisseur[38]. Les

constituée, l'organisation d'Etats aurait « un ordre juridique interne qui lui est propre et qui est distinct en même temps de l'ordre juridique international ainsi que des différents ordres juridiques des Etats membres ». Cet ordre interne a pour objet spécifique de régler les rapports intéressant les individus, tels que notamment le rapport d'emploi des fonctionnaires de l'organisation. A cette fin, l'ordre interne de l'organisation confère la personnalité, outre à des individus, à l'organisation elle-même, qu'il dote d'organes par lesquels celle-ci agit comme sujet dans son propre ordre interne. L'ordre juridique qui institue des organes de ce type, qui en évalue l'activité et l'impute à l'organisation « est un ordre juridique autre que l'ordre international » (Morelli, « Cours général de droit international public », 124). Le concept de « tiers ordre » a aussi été convoqué au soutien de la répression des crimes individuels pour les soustraire au droit international (voir note 32 ci-dessus).

38 Cette présentation se trouve aussi sous la plume d'auteurs qui n'adhèrent pas au postulat idéologique présidant au dualisme radicalisé. Selon J.A. Barberis par exemple, « bien que [c]es tribunaux figurent dans un accord international et que leur création soit [...] une obligation internationale de l'Etat, il s'agit d'une juridiction étatique et non d'une instance internationale » car la convention de Washington de 1965 prévoit « seulement la possibilité pour l'Etat et l'entreprise qui investit de conclure un accord par lequel tous deux conviendront de donner compétence à un tribunal arbitral. [...] [L]a compétence pour connaître de chaque cas concret dépend de l'accord entre les parties. Par conséquent ce n'est pas le traité qui donne à l'individu le droit d'agir éventuellement devant une instance internationale, mais l'accord postérieur conclu entre l'Etat et l'entreprise qui investit » (Barberis, « La personnalité juridique internationale », 187). Cette lecture est aujourd'hui écartée par la pratique des tribunaux CIRDI qui acceptent d'établir leur compétence sur la base des traités bilatéraux de protection de l'investissement même en l'absence de relation contractuelle. Elle l'était dès l'abord à dire vrai par la convention de Washington qui pose l'obligation d'exécuter la sentence, y compris dans les situations où la procédure arbitrale résulte d'un contrat. Par son jeu, les investisseurs sont partis à un litige international donnant lieu à un règlement sur la base du droit international par un organe tirant son pouvoir de mettre fin au différend de l'ordre international. La convention de Washington se différencie à cet égard des autres règlements d'arbitrage (règlement CNUDCI, de la C.C.I. ou mécanisme supplémentaire du CIRDI) qui offrent des modèles procéduraux sans garantir l'obligation internationale d'exécuter la sentence.

mécanismes mis en place dans le domaine de la répression des comportements individuels appartiendraient à la seconde : fonctionnant par le relai exclusif des droits étatiques, ils n'entretiendraient avec les particuliers que des relations de droit interne, tandis que leur caractère dénationalisé les protègerait du pouvoir unilatéral de chacun des Etats parties[39].

Une dernière série d'arguments tient pour internationales les instances devant lesquelles un recours des particuliers est aménagé mais leur refuse l'exercice d'une fonction internationale vis-à-vis de ces derniers. Soit les procédures en cause seraient des formes ou des variantes d'action en protection diplomatique[40]. Soit elles n'auraient d'autre signification que l'institution au profit des particuliers de pouvoirs juridiques dans le contexte de la réalisation d'engagements interétatiques. Investi d'un pouvoir de déclencher la protection, le particulier ne tirerait

---

[39] Dans la théorie de l'organe interne commun, la règle internationale fait obligation aux Etats qu'elle lie d'instituer l'organe dans leurs ordres internes respectifs, de le traiter comme tel, d'en assurer le fonctionnement et d'en évaluer l'activité par leurs moyens de droit interne (voir Anzilotti, *Cours de droit international*, 299 ; Morelli, « Cours général de droit international public », 124). Sur cette base, le tribunal de Nuremberg est présenté comme un tribunal commun aux puissances parties à l'Accord de Londres du 8 août 1945, aux fins de l'administration de l'ex-Etat allemand (Quadri, « Cours général de droit international public », 410-411). L'obligation internationale d'assurer la répression de certains crimes n'aurait d'autre signification que d'attendre des parties à l'Accord de Londres le rétablissement du trouble à l'ordre public par le moyen de cet organe, présenté comme un « expédient en vue de [leur] permettre d'exercer leurs activités punitives à travers un organe mis à leur égard dans une situation de commune dépendance. Ce n'est [donc] pas le droit international qui assujettit les individus à un pouvoir punitif conféré par lui-même, mais ce sont les Etats qui les soumettent à leur propre autorité originaire » (Sperduti, « L'individu et le droit international », 786 et du même auteur, « La personne humaine et le droit international », 159).

[40] Seule apte à engager une action judiciaire qu'elle faisait sienne devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'ancienne Commission européenne assumait par exemple avec le traité de Rome de 1950 la fonction de l'Etat dans la protection diplomatique. Objet de la protection, le particulier n'était titulaire d'aucun droit de réclamer cette protection devant un organe juridictionnel. En ce sens, J.A. Barberis qui ne tient pas pour réalisée, dans ce cas, la possibilité (qu'il admet comme principe) qu'un particulier soit investi par un traité international d'une action devant un tribunal international (Barberis, « La personnalité juridique internationale », 183-187). Une variante non juridictionnelle est à trouver selon le même auteur dans le système de pétitions individuelles mis en place aux fins du contrôle de l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations unies. Ont aussi pu être traités comme une « transformation purement procédurale de la protection diplomatique » les tribunaux arbitraux mixtes, de même que les commissions mixtes d'arbitrage (Quadri, « Cours général de droit international public », 404). Cette présentation a parfois été étendue au tribunal irano-américain ainsi, dans une mesure moindre, qu'aux tribunaux arbitraux CIRDI.

aucune situation subjective de ce pouvoir qui ne toucherait qu'à la procédure[41]. Ainsi la saisine par requête unilatérale de la Commission européenne des droits de l'homme équivalait-elle à une possibilité de participation aux procédures instituées par le Traité de Rome de 1950, à travers lesquelles le droit international protégeait des intérêts humains tout en s'adressant à des Etats. Il s'agissait d'un « pouvoir » (opposé à un droit subjectif) d'actionner une procédure pour que se réalise un rapport liant deux Etats, pour que soit recherchée la responsabilité d'un Etat vis-à-vis d'un autre Etat, d'un pouvoir de déclencher une procédure interétatique. Sur le plan de sa cohérence, une telle construction de la capacité repose sur une distinction préalable entre sujets au sens matériel (objets de la règle) et sujets au sens formel (destinataires de la règle), qu'accompagne l'identification des seconds à partir des seules règles substantielles. Cette limitation – imperméable aux transformations procédurales qu'a connues depuis le système de la Convention européenne – gouverne la dissociation entre personnalité (reposant par hypothèse sur des règles de fond, qui ne s'adressent jamais aux particuliers car elles ne le peuvent par principe…) et capacité (résultant de règles procédurales), avec pour conséquence l'impossibilité d'inférer la première de la seconde. La capacité reconnue en pratique au particulier n'indique dans cette conception rien de la situation subjective de l'être capable pour la seule raison qu'elle a été théoriquement construite de telle manière à ne pas être une forme ou modalité possible de la qualité de sujet : sa notion postule ce qui est recherché, à savoir l'absence de subjectivité internationale des particuliers[42].

---

[41] Certaines des règles conventionnelles qui considèrent les individus comme « centres d'intérêts susceptibles et dignes d'être juridiquement protégés », écrit G. Sperduti, ont simplement « le caractère particulier de se borner à envisager et discipliner la participation des individus à des procédures qui recherchent formellement la réalisation de droits et l'exécution d'obligations existant entre Etats » (« L'individu et le droit international », 788).

[42] Et pour Guiseppe Sperduti de conclure : « [à] présent, les individus ne sont pas investis par l'ordre juridique de véritables droits subjectifs. Ils ne sont pas les sujets envers lesquels les Etats directement s'engagent. Toutefois ils ont dans l'ordre international des pouvoirs juridiques concernant la mise en œuvre d'engagements que les Etats prennent à l'avantage même des individus. Les individus sont donc titulaires d'intérêts internationaux légitimes » (Sperduti, « L'individu et le droit international », 824). On trouve chez C. Dominicé une démarche qui n'est pas étrangère à la précédente, qui le porte à distinguer « sujet de droit », « sujet de droit international » et « destinataire » de celui-ci, et à considérer la possibilité d'être « destinataire » de règles internationales en tant que « sujet interne » sans être « sujet international », les particuliers étant dépourvus des capacités qu'impliquerait la personnalité juridique internationale (C. Dominicé, « La personnalité juridique dans le système du droit des gens », in J. Belhumeur et L. Condorelli (dir.), *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Paris/Genève, Presses Universitaires de France, 1997, 57-79 et 63-64). Pour illustrer la richesse des constructions reçues en doctrine, on peut aussi renvoyer aux développements de Rolando Quadri. Sans adhérer à la distinction entre « droit subjectif » et « pouvoir » juridique qu'il critique, l'auteur affirme d'un côté l'absence d'autonomie

Aujourd'hui, ces mêmes organes juridictionnels, dans lesquels la doctrine dualiste voyait ou aurait pu voir alternativement ou cumulativement des organes interétatiques établissant des responsabilités entre Etats ou des « organes d'activité intérieur », procurent leur portée maximale aux traités dont ils sont l'organe d'application. C'est à la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme qu'on s'attachera plus particulièrement. Au bénéfice d'un dualisme « renouvelé », elle convoque à son tour la théorie de l'organe commun en désaveu du postulat dualiste qui avait conduit à sa systématisation.

3. Point de vue du droit positif : Les applications du dualisme au service de la « legislation » internationale (dualisme « renouvele »)

L'examen de la pratique traduit une recomposition du « dualisme », reconfiguré à travers trois formes. Le premier « dualisme » est celui des rapports régis par le droit international. En mettant au point les éléments d'une « législation » commune s'adressant à des êtres non étatiques, les États convoquent le droit international pour déterminer, par une proposition unique, une pluralité de relations (3.1). Le deuxième est le « dualisme » des modes par lesquels les Etats procèdent à leur propre organisation. Pour leur opposer la « législation » qu'ils ont instituée au profit des particuliers, la pratique discerne dans les « organisations » auxquelles ils participent des figures à multiples faces, les considérant à la fois sous leur forme institutionnelle, en tant qu'êtres personnifiés, à la fois sous leur forme conventionnelle, en tant qu'organes communs (3.2). Le dernier « dualisme », qui prend appui sur le précédent, est celui des règles : une proposition internationale unique comporte une signification variable selon le mode par lequel l'Etat était organisé pour la méconnaître (3.3).

3.1. *« Dualisme » des relations régies : Des propositions à destinataires et modes d'action multiples*

Tandis que les États multiplient les conventions par lesquelles ils ne se bornent plus à se lier les uns aux autres dans un rapport d'où résultent pour eux seuls une situation subjective, les juridictions internationales, interétatiques ou non,

---

fonctionnelle du procès. S'opposant à la présentation de l'ordre de l'organisation internationale comme ordre « interne », il soutient de l'autre, qu'à défaut de mécanisme d'exécution forcée, la situation d'emploi des fonctionnaires internationaux ne donne lieu à aucun droit subjectif des fonctionnaires et, en miroir, à aucune obligation des organisations (Quadri, « Cours général de droit international public », 404-407). La capacité serait donc indifférente à la personnalité, qui dépendrait des seules techniques permettant d'assurer l'exécution des droits et obligations lesquels, sans le support de ces techniques, ne pourraient être considérés comme reconnus à leurs titulaires.

n'hésitent plus ni à trouver du droit international dans des énoncés à objet interne, ni à traiter comme sujets de l'ordre international des entités autres que l'Etat : des organisations personnifiées, capables ou non, dont l'ordre interne relève du droit international selon les tribunaux administratifs mis en place au sein de ces organisations ; des particuliers : étrangers, nationaux, investisseurs, Homme etc. On n'insistera pas sur ce qui ne fait plus débat : les constructions dualistes relatives au mode opératoire du droit international et donc à ses sujets sont démenties par le témoignage du droit positif. Le droit international n'est certainement pas un droit objectif et la prédominance de l'Etat n'est pas, selon le mot de Paul Reuter, la « survivance d'une situation en voie de résorption »[43] mais il comprend des éléments d'objectivité à deux niveaux.

Au premier, celui des destinataires de la proposition internationale, le dualisme au sens de la séparation des systèmes (dualisme « strict ») implique d'admettre qu'un être non étatique puisse alternativement être objet de la réglementation internationale et assujetti à une « législation » internationale dont on a vu qu'il n'est pas, au sens du droit international, l'auteur réel. Il suppose aussi le maintien, aux côtés des relations entre les Etats co-auteurs d'une proposition internationale immédiate et les êtres non étatiques auquel elle s'adresse, de relations d'Etats-à-Etats, qui supportent les premières sans en être les doublons ni les miroirs et pourraient comporter – comportent parfois – des mécanismes de réalisation propres non exclusifs des voies également ouvertes aux sujets non étatiques. Ainsi, tout Etat débiteur d'une obligation internationale à l'endroit des particuliers soumis à son autorité est tenu, vis-à-vis des Etats à l'égard desquels il est engagé, de garantir la réalisation du comportement requis dans son ordre interne et de veiller à ce que sa méconnaissance soit réparée. Une différence de situation caractérise donc les États, qui sont toujours les sujets des propositions internationales qu'ils mettent au point, même celles s'adressant aux sujets internes, là où ces derniers en sont tantôt les sujets tantôt les objets. Un énoncé international peut donc régir, et réglemente parfois comme en atteste la pratique, plusieurs rapports, mais il ne les gouverne pas de la même façon. Nous voici au second niveau, celui du mode opératoire des énoncés internationaux.

De ce que les destinataires du droit international ne sont pas nécessairement ceux qui en sont à l'origine, il résulte d'abord que le droit international n'est autonome que pour ceux qui l'ont produit, ensuite qu'il n'établit pas le même type de rapport entre ses sujets selon qu'il s'adresse à l'État qui en est le coauteur ou au sujet qu'il assujettit. L'efficacité du droit international à l'égard des Etats résulte de ce qu'ils en ont individuellement acceptés les effets dans un contexte où l'engagement de chacun d'eux appelle un engagement en retour. Même si, comme c'est souvent le cas avec les traités relatifs aux droits de l'homme ou

[43] Reuter, « Quelques remarques », 536.

certains actes constitutifs des organisations internationales, leur application est due sans condition de réciprocité, ces instruments mettent leurs participants en lien. L'institution d'un tel lien demeure l'objet premier de l'opération, à laquelle le sujet dérivé est extérieur. Ainsi des êtres collectifs personnalisés. Par définition, ils n'ont pas pu prendre part à l'accord duquel ils tiennent leur existence en même temps qu'ils ne sont pas véritablement dans une position de tiers par rapport à celui-ci, dont ils sont l'objet même[44]. Dans ces conditions, l'organisation internationale n'entretient avec chacun de ses membres aucun rapport de type conventionnel. Ses relations avec ces derniers et son fonctionnement propre répondent certes à un traité mais qui joue pour elle comme un instrument de « législation » : le traité lui est opposable en tant que tel, parce qu'elle en l'est l'objet, mais elle peut aussi s'en prévaloir car elle en est le sujet. Ainsi des particuliers auxquels un groupe d'Etats imposent le produit de leur accord. Là où les prévisions qui en résultent pour les Etats ne leur sont opposables qu'en tant qu'ils y ont consenti dans leurs rapports mutuels, elles le sont aux particuliers en tant que ces derniers relèvent de leur champ d'application. Ici comme dans la situation précédente, ce qui fait droit pour eux sont des droits, obligations, pouvoirs (etc.) détachés de la relation intersubjective qui les fait exister sur le plan interétatique, et qui les fait exister tout court. Une collectivité d'Etats agit sur eux comme le fait l'autorité publique dans l'État : elle les considère pour eux-mêmes. C'est en ce sens qu'on peut dire qu'ils sont placés dans une situation objective par cette collectivité : leur situation par rapport aux énoncés collectifs est objective. L'intersubjectivité caractérise l'opération normative internationale tandis que l'objet exclusif du droit international n'est plus l'instauration de rapports de droits et d'obligations entre des êtres qui s'engagent réciproquement. Le parlement national, et avec lui la représentation nationale, a perdu son rang de législateur exclusif dans l'action normative de l'Etat, au profit de l'exécutif[45].

3.2. *Dualisme des organes : Des modes d'organisation à faces multiples*

Forgée dans le contexte d'une contestation de la personnalité morale des groupements d'Etats, la théorie de l'organe commun international est destinée à rendre compte des situations dans lesquelles les Etats veulent simultanément et/ou conviennent de leur action par l'intermédiaire d'un organe qu'ils partagent dans l'ordre international. Dans cette formule, les Etats confient à une entité la compétence d'exercer des pouvoirs (de proscrire, de prescrire, de permettre) – que l'on désigne ici sous le terme de « transfert de compétence » opposé à « transfert de pouvoir » –, qui donne lieu à des actes ou des actions concertées imputés aux participants. Instrument de coopération (normative ou opérationnelle) entre eux,

---

[44] Pour cette analyse, voir P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, 96.

[45] Sur ce point, voir également Lagrange, « L'efficacité des normes internationales », 259.

l'organe commun est l'organe de chacun d'eux. Dans sa conception originaire, il était une alternative à l'approche institutionnelle qui l'a condamnée à l'oubli avec la domination depuis le second conflit mondial d'une forme d'organisation consistant pour ceux qui s'organisent à se défaire de leurs pouvoirs, en tout ou partie, à la faveur d'un être légal, un sujet distinct de la collectivité qu'ils forment. La pratique contemporaine montre les limites d'une conception exclusive des deux approches qui plutôt que s'opposer tendent à se compléter[46]. La méthode mise au point par la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de la responsabilité des Etats parties à la convention européenne à raison de leur participation à une organisation internationale en fournit une illustration éclairante.

Selon l'analyse de la Cour européenne, un transfert de pouvoirs (et, vraisemblablement aussi de compétences) à une organisation, même supranationale, n'est pas par lui-même contraire aux exigences de la convention européenne « à condition que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente »[47]. Or, envisagées comme unités distinctes de leurs membres, ces organisations ne peuvent être considérées comme tenues par les exigences d'un droit européen qui ne les lie pas. Leur activité échappe à l'emprise de la convention. Doit-on croire qu'un tel transfert supprime toute responsabilité au niveau étatique lorsque « l'organisation » attend des participants un comportement contraire à leurs obligations européennes ou les leur autorise ? La théorie de l'organe commun apporte des éléments de réponses car la procédure instituée entre Etats pour convenir de leur action est un moyen particulier par lequel chacun d'eux a procédé à sa propre organisation. Le tiers a en face de lui plusieurs Etats qui se sont mis d'accord, d'une façon simultanée, au moyen d'un organe commun. Chacun de ces Etats répond dans ses rapports avec les tiers des actes accomplis par un tel organe ainsi que des comportements prescrits ou permis par la décision collégiale, exactement comme s'il avait agi ou voulu seul : il ne peut se retrancher ni derrière l'organisation d'associés ni derrière la personnalité d'un tiers. C'est bien le raisonnement mobilisé par la Cour européenne pour découvrir la responsabilité de l'Etat : la concertation au niveau de l'organisation, même personnifiée, ne libère pas ses membres de toute obligation à leur propre échelon.

---

46 En ce sens, C. Santulli, « Retour à la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas de l'ALBA et de la CELAC, comparées notamment à l'Union européenne et à l'O.N.U. », *Revue Générale de Droit International Public*, 116(3), 2012, 565-578. Sur la théorie de l'organe commun et ses enjeux contemporains, voyez également Rivier, « L'utilisation d'autres formes d''organisation internationale' », 483-509.

47 Commission européenne des droits de l'homme, *M. & Co. c. RFA*, requête n° 13258/87, décision du 9 février 1990 ; puis, Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH), *Matthews c. Royaume-Uni*, requête no. 24833/94 arrêt, 18 février 1999 ; Cour EDH, *Bosphorus Hava c. Irlande*, requête no. 45036/98, arrêt (Gde ch.), 30 juin 2005.

Historiquement, le problème s'est d'abord posé de la responsabilité des Etats parties à la convention européenne à raison des comportements en lien avec leur appartenance à l'Union européenne. La jurisprudence résultant de l'arrêt *Matthews*, et fixée avec l'affaire *Bosphorus*, repose sur l'alternative suivante. Première branche : si la participation à l'organisation n'appelait pas les mesures litigieuses, soit que l'Etat était libre de les adopter (« compétence discrétionnaire »), soit que, tenu ou non d'agir, il était libre d'en adopter d'autres (« pouvoir illimité »), la Cour européenne les fait relever de son contrôle. Est en cause l'usage qu'a fait un Etat de sa marge d'autonomie, qui ne se prête pas au contrôle de la conventionnalité des mécanismes ouverts dans l'organisation[48]. Deuxième branche : si le comportement de l'Etat était complètement déterminé, que l' « organisation » attendait de lui non seulement une mesure (« compétence liée ») mais en outre *la* mesure litigieuse (« pouvoir limité »), sa responsabilité subsiste malgré tout sous réserve du critère de « l'équivalence de la protection ». Lorsque l'Irlande saisit un aéronef loué par la société Bosphorus en exécution d'un règlement communautaire, lui-même pris par référence à une résolution du Conseil de sécurité adoptée dans le cadre du conflit des Balkans, elle n'est pas dispensée du respect de la convention européenne même si son comportement est présumé conforme à celle-ci. Peu après, la Cour est confrontée à des comportements engagés au titre ou sur la base de résolutions du Conseil de sécurité. Elle commence par affirmer, à l'occasion de réclamations dirigées contre un État à raison de sa participation à des forces multilatérales d'intervention agissant sur décision du Conseil, l'impossibilité d'exercer un contrôle de conventionnalité des opérations litigieuses : « la Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des parties contractantes couvertes par les résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant de telles missions ». Il en est ainsi selon elle en tant que la force d'intervention (la KFOR en l'occurrence) « exerce les pouvoirs que le Conseil lui a légalement délégués en vertu du chapitre VII, de sorte que l'action litigieuse est, en principe, attribuable à l'ONU »[49]. Les actions et omissions réalisant la mission de sécurité collective incombant aux Nations unies sont toutes et indistinctement traitées comme

---

[48] Cette première branche de l'alternative, envisagée abstraitement par l'arrêt *Bosphorus*, a trouvé une réalisation concrète avec l'arrêt rendu par la Grande Chambre le 21 janvier 2011 dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (requête no. 30696/09). Cette affaire mettait en cause la responsabilité de la Belgique en conséquence de la mise en œuvre de la procédure de réadmission dite « Dublin II » résultant du règlement du Conseil de l'Union européenne no. 243/2003. Sur cette affaire, voir D. Szymczak et S. Touzé, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *Annuaire Français de Droit International*, LVII, 2011, 621-625.

[49] Cour EDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. Allemagne, France et Norvège*, requêtes no. 71412/01 et 78166/01, décisions d'irrecevabilité du 31 mai 2007 (Gde Ch.), paras. 149 et 134 ; à propos des opérations menées au Kosovo par les alliés réunis au sein de la force internationale de sécurité (KFOR) – force multinationale sous com-

imputables à l'organisation, et à elle seule. L'Etat n'ayant pas aussi à en répondre, il n'y a pas lieu d'apprécier si l'organisation offre une « protection équivalente ». Affinant son raisonnement, la Cour introduit une discrimination entre les résolutions du Conseil de sécurité. Elle considère à propos cette fois de l'exercice par le Royaume-Uni de « prérogatives de la puissance publique en Irak » par le biais de l'Autorité provisoire de la coalition, que les violations reprochées ne sont pas imputables à l'organisation des Nations unies[50]. Prolongeant son analyse, elle juge que les résolutions du Conseil de sécurité prescrivant aux Etats d'interdire l'entrée et le transit sur leur territoire de tout individu figurant sur la liste des Nations Unies relative aux personnes entretenant des relations avec Al-Quaïda « chargent les Etats d'agir en leur propre nom et de les mettre en œuvre au niveau national »[51]. Imputables aux Etats, les mesures nationales d'application relèvent de la « juridiction » de l'Etat au sens de l'article 1er de la Convention et le contrôle est possible. Le critère de la marge d'appréciation, qui détermine directement le champ d'application du contrôle de conventionnalité dans les affaires « européennes » en jouant au stade de l'imputation[52], permet ici à la Cour d'apprécier la responsabilité : si l'Etat a pris une mesure nécessaire pour réaliser l'autorisation ou mettre en œuvre l'obligation, la primauté de ses engagements au titre de la Charte sur ses obligations externes rend ses dernières inapplicables, ce qui revient à faire de l'absence de marge d'appréciation une condition d'applicabilité de l'article 103 de la Charte. Or dire que les mesures ne sont pas couvertes par le jeu de l'article 103 c'est dire qu'elles ne le sont pas par les résolutions : elles sont celles des Etats agissant individuellement au titre d'une liberté d'appréciation que leur participation à l'organisation n'a pas altérée. Mais la Cour l'assortit d'une présomption de conformité des résolutions du Conseil de sécurité aux exigences de la convention européenne dont elle a renforcé le champ d'action. Il s'agit au départ d'une présomption de compatibilité que fait tomber un langage « clair

mandement de l'OTAN agissant sur décision du Conseil de sécurité – et de la Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo (MINUK).

50 Cour EDH, *Al Jedda c. Royaume Uni*, requête no. 27021/08, arrêt du 7 juillet 2011, para. 77. Etait en cause l'internement d'un civil iraquien pendant plus de trois ans dans un camp à Bassorah jugé contraire au droit à la sureté et à liberté protégé par l'article 5.

51 Cour EDH, *Nada c. Suisse*, requête no. 10593/08, 12 septembre 2012 (Gde Ch.), para. 120. Le 16 janvier 2002, le Conseil de sécurité institue par la résolution 1390 (2002) une interdiction d'entrée et de transit contre les personnes, groupes, entreprises et entités associés figurant sur la liste des personnes entretenant des relations avec Al-Qaïda établie par le Comité des sanctions en application des résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000). Le requérant, M. Nada, ainsi que plusieurs organisations liées à lui, figure sur la liste du comité des sanctions. Sur cette base, il se voit interdire l'entrée sur le territoire suisse et ses demandes ultérieures de dérogation sont rejetées par des autorités suisses.

52 Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*.

et explicite » du Conseil de sécurité[53]. Cette présomption se maintient ensuite même dans les hypothèses où les comportements autorisés ou attendus, et qui sont l'objet du litige devant la Cour, sont explicitement envisagés, ce qui revient concrètement à inverser la présomption et même à la déplacer : les Etats sont réputés conserver une marge d'appréciation dans la manière dont ils utilisent l'autorisation ou mettent en œuvre l'obligation, et ils sont aussi réputés agir dans le cadre de celle-ci[54].

Trois cas de figure ressortent de cette pratique. *Dans le premier*, les Etats agissent en qualité d'agents de l'organisation. Exécutant les actions qu'elle décide de mener elle-même, ils réalisent un pouvoir que détient l'organisation, dont celle-ci leur a délégué l'exercice sur le modèle de la « délégation de compétence ». C'est en ces termes que la Cour envisage la situation « dans laquelle le Conseil de sécurité confère à une autre entité le pouvoir d'exercer ses fonctions, par opposition à la situation dans laquelle il « autorise » une autre entité à s'acquitter de fonc-

---

[53] Le défendeur se prévalait de l'article 103 de la Charte dans l'affaire *Al Jedda* : à supposer établie l'imputabilité à son égard des détentions litigieuses, la résolution 1546 (2003) les lui imposait. La convention européenne est écartée en conséquence de la primauté attachée à cette résolution. En réponse, la Cour recherche l'existence d'un conflit d'obligations – qui seul soutiendrait le jeu de l'article 103 – et décide, qu'au regard « des buts qui ont présidé à la création des Nations unies », parmi lesquels figurent le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux Etats membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme. [E]n cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permette d'éviter tout conflit d'obligations. Le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les Etats prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme » (Cour EDH, *Al Jedda c. Royaume Uni*, para. 102). La résolution 1546 (2003) n'employant pas un tel langage, la Cour n'y discerne aucune « volonté » du Conseil. Elle est donc réputée n'imposer aucune obligation contraire aux droits protégés par la convention européenne. L'article 103 est inapplicable. La Convention européenne s'applique.

[54] Dans l'affaire *Nada c. Suisse*, la grande Chambre observe que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Al-Jedda* dont elle « confirme » les principes, « où les termes de la résolution en cause ne mentionnaient pas l'internement sans procès, la résolution 1390 (2002) demande expressément aux Etats d'interdire l'entrée et le transit sur leur territoire des personnes figurant sur la liste des Nations Unies. Il en découle que la présomption en question est renversée en l'espèce, eu égard aux termes clairs et explicites, imposant une obligation d'introduire des mesures susceptibles de violer les droits de l'homme, qui ont été employés dans le libellé de cette résolution » (para. 172). Sur cette base, la Cour conclut que les mesures suisses ne sont pas dépourvues de base légale. Elle estime néanmoins, analyse des résolutions à l'appui, « que la Suisse jouissait d'une latitude, certes restreinte, mais néanmoins réelle, dans la mise en œuvre des résolutions contraignantes pertinentes du Conseil de sécurité » (para. 180).

tions qu'il n'est pas en mesure de remplir lui-même » et conclut, dans les affaires *Behrami et Saramati*, que les Nations Unies intervenant en tant qu'« organisation à vocation universelle remplissant un objectif impératif de sécurité collective », ont « délégué aux organisations internationales et Etats membres disposés à intervenir (…) le pouvoir d'établir une présence internationale de sécurité et d'en assurer le commandement opérationnel »[55]. L'organisation est considérée en sa qualité de personne tierce, distincte de ses membres, seule titulaire d'une fonction – en l'occurrence le maintien de la paix et la sécurité internationale – que ces derniers ont l'aptitude ou la charge de mettre en œuvre pour le compte de l'organisation. Dans le domaine couvert par le transfert, réputé intégral au regard de l'intérêt public poursuivi, les Etats disparaissent derrière l'organisation : à travers l'Etat c'est l'organisation qui agit[56]. *Dans le second cas*, les Etats agissent sur « habilitation » de l'organisation. Celle-ci les autorise à instituer des opérations communes (pouvant prendre la forme d'actions sur le terrain et/ou de mesures nationales), conditionnées ou non, quand même elle ne les prescrit pas. Décidées unilatéralement par chaque Etat, ces opérations seraient illicites pour la plupart, mais c'est bien ceux et chacun de ceux qui y ont pris part qui agissent. L'autorisation comme la prescription se prend au niveau de l'organisation plutôt la décision d'agir par l'organisation. C'est la lecture que retient la

---

55 Cour EDH, *Behrami* et *Saramati*, paras. 43 et 129. La nature de l'intérêt poursuivi par l'opération, qui est « public » en tant qu'il est celui de l'organisation considérée dans son unité, permet à la Cour de traiter l'habilitation à agir comme une délégation de compétences de l'organisation à ses membres, et de désigner le Conseil de sécurité comme l'autorité exerçant le « contrôle ultime » sur les opérations des contingents nationaux, là où le « commandement effectif des questions opérationnelles » revient à l'OTAN (*ibid.*, para. 140). La Commission du droit international ne rejoint pas la Cour EDH dans cette analyse. L'article 5 du projet d'articles qu'elle a adopté en 2007 sur la responsabilité des organisations internationales retient comme critère d'imputation celui du contrôle effectif, sans égard ni à la nature des intérêts poursuivis ni à leur titulaires.

56 En creux, reste posée la question de la considération à accorder à la discrétion, en général laissée par le Conseil de sécurité à l'Etat, relativement à la mise en œuvre de la délégation. Dans les affaires *Behrami* et *Saramati*, la Cour a évacué cet élément (pour une critique, voir P. Klein, « Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de maintien de la paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati* », *Annuaire Français de Droit International*, LIII, 2007, 43-64). Elle n'apprécie pas la marge laissée aux Etats défendeurs dans la mise en œuvre de la délégation, ce qui revient à traiter comme impertinent l'usage qu'ils auraient pu faire d'une éventuelle liberté. Dans un tel cas de figure, si la décision d'agir relève bien de l'appréciation discrétionnaire de l'Etat, sa responsabilité ne pourrait en toute hypothèse être engagée, si elle doit l'être (ce que les arrêts paraissent écarter), qu'à raison du seul comportement qui lui soit imputable : la décision d'agir, l'action elle-même étant celle de l'organisation par l'entremise de l'Etat. Et le requérant ne pourrait se prévaloir que d'un seul dommage : celui de la perte d'une chance de voir la convention respectée à son endroit.

Cour européenne d'abord des institutions européennes, et du Conseil européen en particulier. Le maintien de la responsabilité des Etats au regard de la Convention ne peut s'expliquer que par le fait que les comportements litigieux leur sont imputables et donc, qu'aux yeux de la Cour, sont en cause des facultés d'agir dont ils sont titulaires et dont seule la détermination des conditions d'exercice relève de la compétence de l'organisation. Pour le dire autrement le test de l' « équivalence de la protection » ne peut être opéré qu'en raison et en conséquence de l'imputabilité du fait à l'Etat, ce qui revient à dire que l'organisation, fut-elle par ailleurs personnifiée, ne fait pas disparaître l'Etat agissant au moyen de cet instrument de concertation[57]. Cette analyse est ensuite étendue aux Nations unies. Sans démentir le principe de la non imputabilité aux Etats des comportements pris sur délégation du Conseil de sécurité, la Cour précise son champ d'application en excluant une interprétation des résolutions décidées au titre du Chapitre VII comme fondant par principe une délégation de compétence de l'organisation des Nations unies à ses membres : la résolution 1511 du 16 octobre 2003 ne fait qu' « autoriser » une « force multinationale, sous commandement unifié, à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq » ; les résolutions adoptées dans le contexte de la lutte contre les Taliban « chargent les Etats d'agir en leur propre nom et de mettre en œuvre [les mesures attendues] au niveau national »[58]. Opposées à celles par lesquelles « [d]es pouvoirs [ont] été valablement délégués par le Conseil de sécurité en application du chapitre VII de la Charte »[59], les résolutions en cause donnent lieu à des actions ou mesures que le droit international rapporte, d'après la Cour, non à la collectivité personnifiée mais à chacun de ses participants, d'où l'imputabilité aux Etats des comportements des contingents nationaux dans le premier cas, des mesures nationales d'application dans le second. On le voit, le concept d'action autorisée et/ou imposée par l'organisation mais non décidée par elle ne s'explique que par la dualité de l'organisation : les actions comme les mesures ne sont pas celles de l'organisation personne morale ; elles sont tenues par la Cour comme ayant fait l'objet d'un accord au sein de l'organisation qui les a autorisées, conditionnées ou même prescrites en tant qu'organe commun[60]. Mais

---

[57] Pour cette analyse, voyez Santulli, « La théorie de l'organe commun », 576-577.

[58] Cour EDH, *Al Jedda c. Royaume Uni*, para. 77 et *Nada c. Suisse*, para. 120.

[59] Cour EDH, *Nada c. Suisse*, para. 120.

[60] S'il en est ainsi, si en particulier les Nations unies assument en Iraq une mission différenciée de celle qui était la leur quelques années plus tôt au Kosovo, c'est, qu'en Irak, l'ONU n'a endossé aucun rôle propre en matière de sécurité collective. D'abord, au moment de l'invasion de l'Iraq par la coalition, « aucune résolution du Conseil de sécurité ne prévoyait la manière dont il y aurait lieu de répartir les rôles en Irak en cas de renversement du régime ». Ensuite, à l'issue immédiate de l'invasion, le Conseil de sécurité s'est borné à prendre acte de la qualité de puissance occupante des Etats-Unis et du Royaume-Uni en vertu du droit humanitaire, et des pouvoirs et responsabilités en résultant. Enfin, dans le contexte élargi de l'occupation, les institutions onusiennes ont

encore faut-il, pour que le test de la « protection équivalente » soit mis en œuvre dans ce dernier cas, que les comportements litigieux soient couverts par l'habilitation. S'ils ne le sont pas – c'est le *troisième cas de figure* –, les Etats répondent de la manière dont ils ont fait usage de l'autorisation ou de la façon dont ils ont mis en œuvre l'obligation dans le champ laissé à leur libre appréciation. Le critère de la marge d'appréciation permet à la Cour de déterminer ce qui relève de l'habilitation – et donc des Etats agissant de concert – et ce qui n'en relève pas[61].

3.3. *Dualisme des règles : Des propositions à significations multiples*

Déterminante sur le terrain de l'imputation, la grille d'analyse retenue par la Cour européenne des droits de l'homme l'est tout autant sur celui de l'appréciation de la responsabilité. La co-législation applicable au particulier n'a pas la même signification, i.e. n'est pas la même, selon que l'Etat procède en accord avec d'autres Etats par l'intermède de leur « organisation » commune ou individuellement dans le contexte d'une opération juridique internationale. D'un côté, la Cour européenne tient pour imputables aux Etats parties leurs actions concertées au niveau interétatique. Comme il s'agit de la responsabilité de l'Etat à raison de la mise en œuvre d'une décision d'un collège, son obligation change de consistance. L'État est présumé respecter ses obligations européennes lorsque le collège qui l'habilite

déployé « un rôle moteur concernant l'aide à la mise en place d'institutions démocratiques, au développement économique et aux opérations humanitaires », tandis qu'elles ne réalisaient aucune mission sécuritaire comme en atteste, souligne la Cour à titre subsidiaire, le fait que le Conseil de sécurité n'ait exercé « ni un contrôle effectif ni l'autorité et le contrôle ultimes sur les actions et omissions de la force multinationale » (sur le détail de l'analyse par la Cour des faits et des résolutions du Conseil de sécurité, voir Szymczak et Touzé, « Cour européenne des droits de l'homme », 618-620). Le Conseil de sécurité agirait donc comme organe d'une personne morale lorsqu'il endosse « sa responsabilité principale de maintien de la paix et de la sécurité ». Lorsqu'il participe à « la coopération internationale », un autre des buts ayant présidé à la création des Nations unies, il autoriserait ou même obligerait les membres à mener des opérations communes que ces derniers se sont interdits de décider seuls en instituant l'organisation. Dans ce champ, l'organisation est leur organe commun. L'arrêt *Nada c. Suisse* vient conforter cette lecture.

[61] L'avenir dira si la Cour en a neutralisé le jeu avec la jurisprudence *Nada c. Suisse* au point de poser en principe que les actions fondées sur une concertation procurent une marge d'appréciation à ceux qui y prennent part. Dans ce cas, il conviendra de substituer aux trois hypothèses envisagées la dichotomie « délégation »/ « usage de la marge d'appréciation ouverte par l'habilitation (autorisation/prescription) », la première donnant lieu à des actions ou mesures imputables à l'organisation, la seconde se prêtant à un contrôle de la façon dont l'Etat a, individuellement, usé de l'habilitation. L'avenir dira aussi, peut-être, si les Etats répondent de leur décision de mettre en œuvre la délégation, à chaque fois que le Conseil de sécurité ne leur impose pas, auquel cas il faudra distinguer la décision d'agir sur délégation (imputable à l'Etat et se prêtant moins à des violations directes de la convention qu'à la perte d'une chance de la voir respectée), de l'action sur délégation (non imputable à l'Etat).

(par une autorisation ou une prescription) accorde aux droits fondamentaux une protection « équivalente » à celle assurée par la convention européenne. Cette présomption peut être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si la protection des droits est entachée « d'une insuffisance manifeste »[62]. D'un autre côté, si la responsabilité de l'État ne peut être engagée à raison des comportements qu'il réalise pour le compte d'une organisation prise dans sa dimension personnifiée, celui-ci répond de la licéité de sa participation individuelle à cette organisation, indépendamment des comportements qu'elle appelle, au nom d'une

> [O]bligation, au moment où il transfère une partie de [ses] pouvoirs souverains à une organisation internationale à laquelle il adhère, de veiller à ce que les droits garantis par la Convention reçoivent au sein de cette organisation une « protection équivalente » à celle assurée par le mécanisme de la Convention. En effet, la responsabilité d'un État partie à la Convention pourrait être mise en jeu au regard de celle-ci s'il s'avérait ultérieurement que la protection des droits fondamentaux offerte par l'organisation internationale concernée était entachée d'une « insuffisance manifeste »[63].

Dans les deux cas, les éléments de la condition internationale des particuliers rétroagissent sur l'action internationale de leurs auteurs et conditionnent les relations qu'ils entretiennent entre eux. Mais cet effet boomerang n'est pas strictement équivalent dans les deux situations.

Dans le domaine couvert par la convention européenne, l'activité individuelle de l'État à l'échelon strictement national fait l'objet d'un encadrement plénier, appelant un contrôle *ex officio* et maximum. Son activité normative internationale comme ses activités convenues (qui peuvent se prêter à des mesures internes) donnent lieu à un encadrement partiel appelant un contrôle exceptionnel. Considéré en qualité de sujet exerçant son pouvoir de produire des effets de droit international, l'État est tenu par une obligation d'abstention. On n'attend pas de lui qu'il institue des personnes morales dont l'ordre et le fonctionnement internes seraient en tous points conformes aux prévisions européennes. On exige qu'il s'abstienne de participer à la mise en place de dispositifs manifestement contraires à elles. La densité des exigences se module et le contrôle s'édulcore en conséquence du point de vue de son déclenchement comme de sa teneur. Il est un contrôle de l'erreur manifeste, dépourvu de caractère d'ordre public. En application de la présomption de compatibilité entre la convention européenne et l'ordre juridique de l'institution personnifiée, la Cour exige d'être saisie d'un

---

62 Cour EDH, *Bosphorus c. Irlande*.

63 Cour EDH, *Gasparini c. Italie et Belgique*, requête no. 10750/03, décision du 12 mai 2009. Cf. aussi la jurisprudence *Matthews* précitée et l'arrêt du 20 janvier 2009, *Cooperatieve Producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij UA c. Pays-Bas*, requête no. 13645/05, qui précise que la « présomption de protection équivalente » s'applique tant aux actions des États eux-mêmes qu'aux procédures suivies au sein des organisations dont ils sont membres et, en particulier, aux procédures devant la Cour de justice de l'Union.

moyen visant explicitement une incompatibilité structurelle[64]. Jusque-là rien ne distingue le contrôle opéré à raison du fait individuel de la participation à une organisation prise dans sa dimension personnifiée et celui réalisé au titre d'une action concertée au niveau de l'organisation (même donnant lieu à des mesures internes), tenue pour conforme à la convention européenne en vertu d'une présomption de compatibilité qui fait reposer sur le demandeur la charge de prouver l'« insuffisance manifeste ». Néanmoins, pour contrôler l'inconventionnalité manifeste du dispositif mis en place au niveau de l'organisation envisagée comme sujet de droit, la Cour ne se place pas au moment de son appréciation comme elle le fait lorsqu'il s'agit de déterminer les obligations de l'État pris comme ordre juridique interne ou celles qui sont les siennes lorsqu'il agit par l'intermédiaire de l'organisation prise comme organe de concertation[65]. Elle se situe au moment de l'engagement de l'État :

> [A]u moment où ils ont adhéré à l'[organisation] et lui ont transféré certains pouvoirs souverains, les États défendeurs ont[-ils] pu, de bonne foi, estimer que le mécanisme de règlement des conflits du travail interne à l'[organisation] n'était pas en contradiction flagrante avec les dispositions de la Convention[66] ?

La question n'est donc pas de savoir, au titre d'une interprétation évolutive du traité, si le dispositif mis en place est aujourd'hui manifestement contraire à ses prévisions, mais s'il apparaissait tel au moment de son institution. Retenant tantôt une interprétation contemporaine, tantôt une interprétation évolutive, la Cour applique une interprétation différente de la même règle d'interprétation

---

64 Cour EDH, *Gasparini c. Italie et Belgique* : contrôle de l'« insuffisance manifeste » du mécanisme de règlement des conflits du travail interne à l'OTAN, le requérant dénonçant « une lacune structurelle du mécanisme interne concerné » ; *Rambus Inc. c. Allemagne*, requête no. 40382/04, décision du 16 juin 2009 : contrôle du mécanisme juridictionnel interne à l'Office européen des brevets, la requérante mettant en cause la déficience structurelle du transfert de compétence de l'Allemagne au bénéfice de l'organisation ; *Philip Boivin c. France, Belgique et 32 autres Etats membres du Conseil de l'Europe*, requête no. 73250/01, décision du 9 septembre 2008 : incompétence *ratione personnae* de la Cour, celle-ci n'étant pas saisie d'un moyen tiré de l'« insuffisance manifeste » du mécanisme de règlement des conflits du travail interne à Eurocontrol mais de « doléances » dirigées contre un jugement d'un tribunal international (le TAOIT) échappant à la « juridiction » des Etats défendeurs ; *Beygo c. Quarante-six Etats membres du Conseil de l'Europe*, requête no. 36099/06, décision du 16 juin 2009 : incompétence de la Cour au titre du refus d'apprécier « l'insuffisance manifeste » du mécanisme de règlement des conflits du travail interne au Conseil de l'Europe (Tribunal administratif du Conseil de l'Europe), le requérant n'avançant pas que les Etats membres auraient manqué à leurs obligations en transférant leurs compétences au Conseil de l'Europe.

65 Dans l'affaire *Bosphorus*, la Cour contrôle l'équivalence de la protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union européenne par référence à l'état du système au moment de l'adoption de la décision litigieuse.

66 Cour EDH, *Gasparini c. Italie et Belgique*.

(qui renvoie « au sens ordinaire des mots » dans le contexte de « l'intention » des parties telle qu'elle résulte de « l'objet et du but du traité ») selon les obligations en cause : pour celles de l'État considéré dans sa face interne ou agissant sur habilitation de la collectivité des associés organisés, la règle d'interprétation vise les mots dans leur sens actuel ; pour celles de l'État mettant en œuvre son pouvoir de vouloir dans l'ordre international, la règle d'interprétation vise les mots dans leur sens passé. Ainsi contrôle-t-elle le fait de participer à des opérations juridiques internationales sans pour autant lui appliquer la convention telle qu'elle l'interprète aujourd'hui. La convention ne dirait donc pas la « même chose » suivant qu'elle considère le mode d'organisation retenu par l'Etat sous sa figure initiale (face institutionnelle) ou sous sa figure contemporaine (face conventionnelle), suivant que le comportement litigieux formalise ou non un engagement juridique et, dans le cas contraire, suivant qu'il est pris librement par l'Etat ou en application d'une habilitation collective.

Selon qu'elle réalise le pouvoir qui lui est transféré ou permet/impose des actions concertées, une même entité peut être à la fois l'organe d'une unité personnifiée et un organe commun[67]. En fonction de ce critère, la responsabilité de l'Etat pourra être engagée tantôt à raison du fait de son appartenance à l'organisation-institution personnalisée, si les garanties accordées au niveau de l'organisation étaient « manifestement insuffisantes » au moment où elles ont été instituées, tantôt à raison des comportements habilités ou imposés par l'organisation-organe commun, si celle-ci n'offre pas aujourd'hui une « protection équivalente ». Pour *trouver* la responsabilité de l'Etat afin d'assurer la protection des droits, la Cour européenne voit dans l' « organisation » non pas exclusivement un sujet international capable mais potentiellement aussi un instrument de concertation entre les Etats. Le même Etat pourrait répondre autant du fait de son existence à son égard en tant qu'institution personnifiée, que des comportements qu'elle l'habilite à prendre ou lui impose d'adopter en tant qu'instrument commun. Dans un tel dispositif, il convient de trouver le fruit d'une démarche contextualisée destinée à concilier les engagements internationaux plutôt qu'à les confronter. Le pragmatisme de la Cour est un élément explicatif de première importance d'un point de vue sociologique. Il n'altère pas la signification juridique d'une telle construction : l'existence d'une pluralité de rapports découverts à partir d'une typologie qui doit beaucoup à l'une des applications particulières du dualisme des origines. C'est dire que, par un étonnant et improbable renversement, les particuliers, ceux-là même auxquels on refusait tantôt la qualité de sujet, tantôt la qualité de sujet actif, tantôt les deux, peuvent aujourd'hui saisir une juridiction qui va appliquer contre les Etats qui l'ont instituée certaines des constructions forgées pour protéger le mode opératoire prétendu du droit

[67] Sur cette question en général et la notion d'« organisation », voir Rivier, « L'utilisation d'autres formes d'‘organisation internationale' ».

international et ainsi nier toute subjectivité internationale à des êtres non étatiques.

« En l'absence d'autorité supérieure aux Etats, certainement moins concevable aujourd'hui qu'il y a quarante ans », écrivait déjà Pierre-Marie Dupuy en 1987, « tout appel à l'ordre public par l'un risque immédiatement de paraître suspect d'arrières pensées aux autres ». Dans un contexte de « décentralisation persistante de la société internationale », qui permet « autant de nouvelles combinaisons tactiques à la diplomatie internationale que de chances de réalisation effective aux droits de l'homme », l'ordre public international n'est pas venu d'une « communauté internationale ». Il est venu des Etats agissant ensemble dans l'ordre du droit international pour y faire exister le particulier comme sujet de leur droit et non plus seulement comme sujet du droit du « souverain auquel il est rattaché »[68].

[68] Dupuy, « L'individu et le droit international », 133 et 120.

CHAPITRE QUINZE

PROMENADE AVEC ARISTOTE DANS LES JARDINS DU DROIT INTERNATIONAL: RÉFLEXIONS SUR L'ÉQUITÉ ET LE RAISONNEMENT JURIDIQUE DES JUGES ET ARBITRES INTERNATIONAUX

Yannick Radi*

Rares et précieux sont les moments de la vie académique durant lesquels les multiples occupations sont suspendues et le temps est sereinement pris pour discuter et penser. Ce sont de tels moments que j'eus le privilège et le plaisir de vivre avec Pierre-Marie Dupuy lorsqu'il était alors mon « *Doktorvater* » à l'Institut universitaire européen de Florence. Il en fut notamment ainsi un après-midi printanier dans les jardins de la bien-nommée Villa *Schifanoïa* (« évite l'ennui »). Au cours des quelques heures que nous y passâmes à réfléchir ensemble sur ma thèse, nous discutâmes en effet droit international, théorie du droit et au-delà sociologie et philosophie. Dans le pays de Pic de la Mirandole, j'eus ainsi l'opportunité de m'entretenir des humanités dans toute leur richesse avec un grand humaniste, loin des sécularismes disciplinaires. Parmi toutes les thématiques que nous abordâmes, la philosophie aristotélicienne, notamment du droit[1], tint une place prépondérante, celle-ci nourrissant en effet alors ma réflexion sur le concept de « standard ».

En souvenir de ce moment privilégié et en guise d'hommage à Pierre-Marie Dupuy, c'est à une promenade avec Aristote dans les jardins, non pas du Lycée, mais du droit international que cette contribution invite. En lien avec son office arbitral, celle-ci va plus précisément nous conduire à visiter l'activité des tribunaux internationaux *largo sensu*, et ce, à la lumière de trois concepts fondamentaux de

* Professeur associé en Droit International, Leiden University, Grotius Centre for International Legal Studies.

[1] S'il est ici fait mention d'une philosophie, il serait plus approprié d'évoquer des écrits dont la lecture croisée permet de reconstituer une philosophie du droit. C'est l'*Ethique de Nicomaque* qui constitue le pilier de cette reconstitution. Pour une analyse de ces écrits, voir notamment M. Villey, *Philosophie du droit – Définitions du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001 ; M. Villey, *La formation de la pensée juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006 ; J. Lenoble & F. Ost, *Droit, mythe et raison – Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique* (*Droit, mythe et raison*), Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint Louis, 1980, 354-438.

la pensée du Stagirite : « l'équité » (1), la « prudence » (2) et la « dialectique » (3). Ainsi que les trois étapes de cette visite vont le révéler, ces trois concepts constituent individuellement et collectivement de précieux instruments pour « débroussailler » l'analyse de questions impénétrables posées par la pratique des tribunaux internationaux et par son analyse doctrinale[2].

1. L'ÉQUITÉ

La pratique juridictionnelle internationale multiplie les références à l' « équité », l' « équitable », les « principes équitables »[3] ou à des termes à la signification connexe, notamment la « justice », la « raison » et parfois l' « égalité ». Au-delà, elle multiplie les points de vue quant au rôle de l'équité[4]. Outre les tentatives de définition de ces termes[5], il est généralement recouru à deux séries de distinction pour appréhender l'équité.

La première distingue l'équité *ex aequo et bono* utilisée en substitut du droit international pour régler un différend de l'équité usitée dans le cadre de l'application de ce même droit. Cette distinction a notamment été explicitée par la Cour internationale de justice (CIJ) dans les affaires du *Plateau Continental de la Mer du Nord* :

> La Cour en vient maintenant à la règle de l'équité. Le fondement juridique de cette règle dans le cas particulier de la délimitation du plateau continental entre Etats limitrophes a déjà été précisé. Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de justification objective de ses décisions non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce

---

[2] Par là même, il va apparaître que les juristes, notamment internationalistes, ont une vision caricaturale de la pensée du Stagirite qui, comme noté par J. Lenoble et F. Ost, ne retient « qu'une version naturaliste simplifiée et dogmatique aux dépens des tensions qui animent de part en part la pensée aristotélicienne », voir Lenoble & Ost, *Droit, mythe et raison*, 356.

[3] Parmi les principes équitables, on peut citer en se référant à la jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ) : « le principe qu'il ne saurait être question de refaire complètement la géographie ni de rectifier les inégalités de la nature ; le principe voisin du non-empiètement d'une partie sur le prolongement naturel de l'autre, qui n'est que l'expression négative de la règle positive selon laquelle l'Etat côtier jouit de droits souverains sur le plateau continental bordant sa côte dans toute la mesure qu'autorise le droit international selon les circonstances pertinentes ; le principe du respect dû à toutes ces circonstances pertinentes ». Voir affaire du *Plateau continental* (*Jamahiriya Arabe Lybienne c. Malte*), Arrêt, 3 juin 1985, CIJ Recueil 1985, para. 46.

[4] Pour cette variation dans la jurisprudence de la CIJ, voir P. Weil, *The Law of Maritime Delimitation – Reflections*, Cambridge, Grotius Publications Ltd, 1989, 159-185.

[5] Pour une critique de ces tentatives, voir M. Koskennniemi, « Book review *: L'utilisation du 'raisonnable' par le juge international : Discours juridique, raison et contradictions* », *American Journal of International Law*, 94, 2000, 200.

> domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables. Il n'est par conséquent pas question en l'espèce d'une décision *ex aequo et bono*, ce qui ne serait possible que dans les conditions prescrites à l'article 38, paragraphe 2, du Statut de la Cour[6].

En lien avec cette distinction dont les limites ont pu être soulignées par Pierre-Marie Dupuy[7], la seconde série de distinction identifie trois formes d'équité : l'équité *infra legem*, l'équité *praeter legem* et l'équité *contra legem*. La première a trait à l'adaptation du droit international et de ses règles existantes, la seconde au « comblement » d'une lacune du droit international en l'absence de règle existante et la dernière à la solution casuistique d'un différend, en contradiction avec la solution apportée par le droit international[8].

Malgré ces catégorisations, l'équité constitue encore et toujours un mystère[9] qui passionne autant qu'il inquiète la doctrine. Au-delà de la logique d'adaptation qui caractérise l'équité, sa nature reste indéterminée. Constitue-t-elle une méthode de raisonnement[10] ou est-elle une forme de normativité ? En relation avec cette dernière, les auteurs s'interrogent notamment sur le fait de savoir si l'équité fait partie du droit international ou si elle en est distincte[11]. Plus précisément cette

---

6 CIJ, affaires du *Plateau Continental de la Mer du Nord* (*République Fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas*), Arrêt, 20 février 1969, CIJ Recueil 1969, para. 88. Dans l'affaire du *Plateau continental*, la Cour a précisé : « Il faut distinguer entre l'application de principes équitables et le fait de rendre une décision *ex aequo et bono*, ce que la Cour ne peut faire que si les Parties en sont convenues (art. 38, para. 2, du Statut). En pareil cas la Cour n'a plus à appliquer strictement des règles juridiques, le but étant de parvenir à un règlement approprié. », CIJ, affaire du *Plateau Continental* (*Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne*), Arrêt, 24 février 1982, CIJ Recueil 1982, para. 71.

7 A l'égard de la jurisprudence de la CIJ en matière de délimitation maritime, P.-M. Dupuy considère en effet qu'elle « n'a jamais réussi à persuader la majorité des commentateurs qu'il y avait dans sa démarche une véritable rupture entre cette forme d'équité dans le droit et l'équité substitutive au droit (*ex aequo et bono*) », P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 9e ed., Paris, Dalloz, 2008, 375.

8 Pour une critique de ces distinctions, voir notamment C. Grauer, « The Role of Equity in the Jurisprudence of the World Court », *University of Toronto Faculty of Law Review*, 37(1), 1979, 102-103.

9 En ce sens, voir notamment, W. Jenks qui considère que « the question 'what is equity' is no more answerable that the question 'what is truth' ». *The Prospects of International Adjudication*, Londres, Stevens, 1964, 26. O. Schachter estime pour sa part que « [n]o concept of international law resists precise definition more than the notion of equity ». « International Law in Theory and Practice, Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 178, 1982, 82.

10 Dans cette perspective, Akehurst estime par exemple que l'équité *infra legem* constitue « that form of equity which constitutes a method of interpretation of the law in force, and is one of its attributes ». « Equity and General Principles of Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 25, 1976, 801.

11 En ce sens, voir A. Gourgourinis, « Delineating the Normativity of Equity in International Law », *International Community Law Review*, 2009, 11, 329.

interrogation recouvre deux questionnements. Le droit international et l'équité sont-ils d'une nature différente, ont-ils une normativité différente ? Si tel n'est pas le cas, quel est exactement le statut de l'équité en droit international ?

Dans l'*Ethique de Nicomaque*, Aristote nous fournit de précieux outils pour « débroussailler » ces questions. Dans le fameux chapitre X du livre V, le Stagirite écrit :

> L'équitable et le juste sont donc la même chose ; et tous les deux étant bons, la seule différence, c'est que l'équitable est encore meilleur. Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable tout en étant juste, n'est pas le juste légal, le juste suivant la loi ; mais il est une heureuse rectification de la justice rigoureusement légale. La cause de cette différence, c'est que toujours la loi est générale nécessairement, et qu'il est certains objets pour lesquels on ne saurait convenablement statuer par voie de dispositions générales. Aussi, dans toutes les questions où il est absolument inévitable de prononcer d'une manière purement générale, et où il n'est pas possible de le bien faire, la loi ne saisit que les cas les plus ordinaires, sans se dissimuler d'ailleurs ses propres lacunes… La nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle droit prendre. Ce qui fait encore que tout ne peut s'exécuter dans l'Etat par le moyen seul de la loi, c'est que pour certaines choses, il est absolument impossible de faire une loi ; et que, par conséquent, il faut pour celle-là recourir à un décret spécial. Pour toutes les choses indéterminées, la loi doit rester indéterminée comme elles, pareille à la règle de plomb dont on se sert dans l'architecture de Lesbos. Cette règle, on le sait, se plie et s'accommode à la forme de la pierre qu'elle mesure et ne reste point rigide ; et c'est ainsi que le décret spécial s'accommode aux affaires diverses qui se présentent[12].

Ainsi qu'il apparaît dans cet extrait de l'œuvre d'Aristote, l'équité a une dimension normative et elle n'est pas d'une nature différente de celle de la loi. En lien avec la catégorisation internationaliste de l'équité *intra legem* et de l'équité *praeter legem*, elle constitue une adaptation de la règle générale aux cas particuliers et elle pallie à l'absence d'une règle générale pour saisir une situation non appréhendée par une règle générale. Sans qu'il soit possible d'établir une distinction nette entre ces deux catégories, l'équité fait ainsi effectivement partie du droit international. Comme noté par Pierre-Marie Dupuy, elle lui est même inhérente :

> Dans la mesure où le droit est lié à la recherche de la justice, l'équité est inhérente à son application […] plus que moyen auxiliaire de détermination de la règle juridique, l'équité '*infra legem*' s'affirme indispensable dans tous les domaines où les droits respectifs de deux ou plusieurs Etats arrivent en concurrence[13].

L'équité faisant partie du droit, quel est dès lors son statut ? Les internationalistes abordent généralement cette question en relation avec la théorie des sources

---

[12] Aristote, *Ethique de Nicomaque*, Paris, GF Flammarion, 1992, 161-163.

[13] Dupuy, *Droit international public*, 385. En ce sens, voir aussi V. Lowe, « The Role of Equity in International Law », *Australian Yearbook of International Law*, 12, 1988-1989, 69. Dans cette perspective, on peut considérer avec ce dernier auteur que la référence à l'équité permet de renforcer et légitimer l'argumentation des tribunaux internationaux. *Ibid.*

du droit international, sous l'angle de la dichotomie des sources formelles et matérielles.

En commençant par les sources formelles, on peut noter que depuis les travaux du Comité consultatif des juristes ayant préparé le statut de la Cour permanente de justice internationale (CPJI), il est acté que l'équité n'est pas une source formelle autonome du droit international. En revanche, elle est généralement considérée comme trouvant « son entrée » par les sources primaires du droit international : traité, coutume[14] et surtout principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées[15] (PGDRNC)[16]. Deux remarques peuvent être formulées à l'encontre de cette approche. Tout d'abord, relativement à la présence de l'équité dans des normes formulées dans lesdites sources, celle-ci semble problématique. En effet, l'identification de mots, signes de la présence de l'équité dans une norme, n'est pas évidente passé la référence à l' « équité » ou l' « équitable ». Au-delà, de l'identification de ces mots à leur évaluation en termes d'équité, il n'y a qu'un pas qui rend problématique l'analyse du statut de l'équité par le spectre de son hypothétique entrée *via* les normes des sources formelles[17]. En effet, suivant cette logique, on pourrait identifier dans toute norme la présence de l'équité. Ce qui nous conduit à formuler la seconde remarque concernant l'analyse de l'équité sous l'angle des sources formelles. Les signes de l'équité qu'évoque la doctrine ne sont pas l'équité mais des outils permettant d'atteindre une solution normative équitable dans une espèce donnée. Dans cette perspective, les principes dits « équitables » ne sont qualifiés comme tel qu'en tant qu'ils permettent

---

[14] Eu égard à l'objet de cette contribution, la fictivité de la qualification de la coutume comme source formelle n'est pas étudiée. Pour une telle critique, voir notamment J. d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law – A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 162-170 ; Dupuy, *Droit international public*, 345.

[15] L'inclusion des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (PGDRNC) réconcilia les membres du Comité, tel Ricci-Bussatti, favorables à l'inclusion de l'équité dans le projet d'article au même titre que les traités et la coutume et les membres y étant opposé. C'est à ces PGDRNC que l'on peut relier l'opinion exprimée par le Juge Hudson dans l'affaire *des prises d'eau à la Meuse* : « Les règles bien connues sous le nom de principes d'équité ont depuis longtemps été considérées comme faisant partie du droit international, et, à ce titre, elles ont souvent été appliquées par des tribunaux internationaux. », CPJI, affaire *des prises d'eau à la Meuse*, Arrêt, 28 juin 1937, CPIJ Séries A/B, No. 70, 76.

[16] Le Juge Weeramantry distingua huit voies d'entrée : « l'équité à laquelle les traités obligent à recourir », « l'équité reflétée dans le droit international coutumier », « l'équité en tant que principe général du droit », « l'équité dans la jurisprudence », « l'équité dans la doctrine », « l'équité en tant que justice », « l'équité introduite par la Charte des Nations Unies », « l'équité dans la pratique des Etats », CIJ, affaire de *la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, 14 juin 1993, opinion individuelle, paras. 74-102.

[17] Pour un argument similaire relativement au rôle de la normalité dans l'identification des « standards », voir Y. Radi, *La standardisation et le droit international – Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 46-47.

d'atteindre une telle solution. A cet égard, la CIJ a pu affirmer dans l'affaire du *Plateau continental* :

> L'adjectif équitable qualifie à la fois le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir. C'est néanmoins le résultat qui importe : les principes sont subordonnés à l'objectif à atteindre. L'équité d'un principe doit être appréciée d'après l'utilité qu'il présente pour aboutir à un résultat équitable. Tous les principes ne sont pas en soi équitables ; c'est l'équité de la solution qui leur confère cette qualité. Les principes qu'il appartient à la Cour d'indiquer doivent être choisis en fonction de leur adéquation à un résultat équitable. Il s'ensuit que l'expression principes équitables ne saurait être interprétée dans l'abstrait ; elle renvoie aux principes et règles permettant d'aboutir à un résultat équitable. C'est bien ainsi que l'entendait la Cour quand elle a dit, dans son arrêt de 1969 : 'C'est une vérité première que cette détermination doit être équitable ; le problème est surtout de définir les moyens par lesquels la délimitation peut être fixée de manière à être reconnue comme équitable'[18].

Dans ce contexte, ce que l'on qualifie d'équité n'est pas autre chose que la solution normative produit du raisonnement juridique. En ce sens, l'équité désigne une norme équitable dont le *negotium* a pour siège la décision juridictionnelle. Au-delà de la question du statut de ces décisions – individuellement et collectivement – au regard de la théorie des sources du droit international, il est important de souligner que par essence l'équité a une normativité casuistique, que par essence toute norme équitable n'est applicable que dans une situation donnée. A chaque occasion, la solution équitable est par définition à trouver.

C'est à la lumière de ces conclusions que l'on apprécier les relations entre l'équité et les sources matérielles. Deux remarques peuvent être formulées à cet égard. Tout d'abord, en lien avec la position précitée de la CIJ dans l'affaire du *Plateau continental*, on doit remettre en cause l'opinion selon laquelle « it can be supported with little or non-hesitation that equity is the material source of a number of equitable principles and concepts of international law »[19]. En effet, l'équité n'est pas la source de ces principes et concepts, elle en est le produit normatif casuistique. Ensuite et en lien avec ce produit normatif, l'équité peut dans une certaine mesure être considérée comme un *corpus* de normes équitables. Ce *corpus* peut informer les tribunaux internationaux dans le règlement de nouveaux différends et être constitutif à ce titre d'une source matérielle. Il convient cependant de ne pas oublier que si le contenu d'une norme équitable peut par la même acquérir *ex post* une portée générale, il ne peut être référé à la norme générale ainsi consacrée sous l' « étiquette » de l'équité. Générale, cette norme est en effet dépourvue de la spécificité casuistique caractéristique de l'équité.

Cette normativité casuistique de l'équité, considérée ici comme le produit du raisonnement juridictionnel, nous conduit à nous déplacer avec Aristote vers l'un des plus importants bosquets du jardin du droit international, à savoir le raisonnement des juges et des arbitres internationaux.

---

[18] CIJ, affaire du *Plateau Continental* (*Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne*), para. 70.
[19] Voir Gourgourinis, « Delineating the Normativity », 338.

2. La prudence

Pour nombre d'internationalistes, équité est synonyme d'arbitraire ou tout du moins de discrétionnalité. Dans une perspective aristotélicienne, la détermination d'une solution normative équitable n'est pas le fruit de telles décisions. Le chapitre X du Livre V de l'*Ethique de Nicomaque* est ici encore éclairant :

> Lors donc que la loi dispose d'une manière toute générale, et que, dans les cas particuliers, il y a quelque chose d'exceptionnel, alors on fait bien, là où le législateur est en défaut, et où il s'est trompé parce qu'il parlait en termes absolus, de redresser et de suppléer son silence, et de prononcer à sa place, comme il prononcerait lui-même s'il était là ; c'est-à-dire, en faisant la loi comme il l'aurait faite, s'il avait pu connaître le cas particulier dont il s'agit[20].

Comme indiqué par ce passage, il ne s'agit pas pour les tribunaux de déterminer l'intention du législateur – une intention précisément absente à l'égard du cas particulier – mais de « faire la loi comme il l'aurait faite ». La question est donc ici de déterminer la manière dont la loi est faite dans la pensée aristotélicienne. C'est dans le concept de « prudence » que réside la première indication sur la formation de la loi et de l'équité dans l'œuvre du Stagirite. Ainsi qu'explicité par F. Ost et J. Lenoble[21] à l'égard de celle-là :

> [L]a production juridique (production du juste dans la cité qui est le fait du *nomothète* (législateur) et du juge) [...] est définie par sa référence à un savoir fondateur et normatif, celui constitué par le sage. Ainsi, pour le Stagirite, la prudence du législateur et du juge consiste en « un état habituel vrai, raisonné, qui dirige l'action et a pour objet les choses bonnes et mauvaises pour l'homme », elle est la partie délibérante de l'âme qui vise à définir la validité, la justesse du critère de l'action droite. Si cette sagesse reposait chez Platon sur un savoir des Idées transcendantes, elle consiste dans la conception aristotélicienne dans la qualité intellectuelle du jugement : dans la raison délibérante animée par la logique dialectique[22].

Avant de s'intéresser à la logique dialectique, il convient ici de formuler deux remarques à l'égard de la prudence du « législateur » et du juge dans le contexte de l'ordre juridique international. Relativement au « législateur », il va sans dire que l'exercice d'une telle prudence ne résume pas la production interétatique

---

20 Aristote, *Ethique de Nicomaque*, 161.

21 Lenoble & Ost, *Droit, mythe et raison*, 400.

22 Dans cette perspective, P. Aubenque note : « Qu'Aristote fasse ailleurs de la *phronesis* une vertu n'empêche pas que cette vertu soit tout autre chose qu'éthique : elle est une vertu de l'intelligence, et non de l'*ethos*. Le prudent ne sert pas de critère parce qu'il est doué d'une intelligence critique. Il n'est pas seulement ce d'après quoi on juge, mais celui-là même qui juge ; or, rappelle une fois Aristote, on ne juge bien que ce que l'on connaît, et c'est en cela qu'on est bon juge. [...] Si Aristote abandonne la transcendance de l'intelligible, ce n'est pas pour lui substituer la transcendance illusoire de quelque irrationnel, mais l'immanence critique de l'intelligence. », *La prudence chez Aristote*, 4e ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2004, 51.

du droit international. Si dans un ordre traditionnellement coexistentiel celle-ci relevait principalement de la conflictualité des souverainetés, elle ne ressort aujourd'hui de la délibération que dans les cadres et domaines coopératifs ayant émergé à la faveur du rééquilibrage[23] entre les « attitudes »[24] coopératives et coexistentielles[25] de l'ordre juridique international[26]. Dans sa dimension coopérative, la production du droit international relève ainsi moins de la politique juridique extérieure[27] des Etats que d'une politique juridique[28] où elle se voit rationalisée en vue de la prise en compte et de la balance de tous les intérêts, notamment ceux de l'intérêt coopératif et ceux des Etats participant à l'exercice de la fonction normative. C'est dans ce contexte que la prudence requise des tribunaux internationaux apparaît analogue à celle du « législateur ». En effet, étant donné la normativité flexible caractéristique du droit de la coopération[29], ils sont appelés dans un cadre normatif plus ou moins (in)déterminé et dans un cadre téléologique plus ou moins ambivalent[30] à développer un raisonnement

---

[23] Sur la controverse concernant le « poids » respectif de la coopération et de la coexistence dans l'ordre juridique international, voir notamment Dupuy, *Droit international public*, 386 ; P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international », *Revue Générale de Droit International Public*, 86, 1982, 6-47.

[24] Cette expression est empruntée à Santi Romano, voir *L'ordre juridique*, 2e ed., Paris, Dalloz, 1975, 19.

[25] Sur cette distinction, voir CPJI, affaire du *Lotus* (*France c. Turquie*), Arrêt, 7 nov. 1927, CPJI Série A No. 10, 18. Celle-ci a par la suite servi de base à la dichotomie opérée par W. Friedmann entre le droit de coexistence et le droit de coopération, voir nott. W. Friedmann, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 127, 1969, 47-224.

[26] Pour une étude de ce rééquilibrage diachronique, voir Radi, *La standardisation et le droit international*, 155-190. Pour une analyse de cette question en termes « géologiques », voir J.H.H. Weiler, « The Genealogy of International Law: Governance, Democracy and Legitimacy », *Zeitschrift für auslandliches offenliches Recht und Volkerrecht*, 64, 2004, 547-562.

[27] Voir G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, 5 et 13.

[28] Voir R. Kolb, *Interprétation et création du droit international : Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 91.

[29] Le droit de la coopération a en effet pour instrument privilégié les normes de moyen dans leur acception « civiliste » et les normes de résultat ainsi que notamment théorisée à l'égard du droit de la responsabilité internationale des Etats par R. Ago, voir notamment Document A/32/10, « Rapport de la Commission du droit international sur son travail lors de la vingt-neuvième session, 9 Mai-29 Juillet 1977 », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II(2), 1977 ; G. Abi-Saab, « Eloge du 'droit assourdi' – Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *in Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 59-68 ; R.-J. Dupuy, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la 'soft law' », in Société Française pour le Droit International, *L'élaboration du droit international public*, Actes du colloque de Toulouse, Paris, Pedone, 1975, 132-148 ; Radi, *La standardisation et le droit international*, 205-211.

[30] Voir ci-après l'exemple du droit international des investissements.

prudentiel et non pas arbitraire, opérant une balance entre les intérêts en présence. Dans cette perspective, on peut noter que la CIJ a estimé dans l'affaire du *Plateau continental* :

> [E]n appliquant le droit international positif, un tribunal peut choisir entre plusieurs interprétations possibles celle qui lui paraît la plus conforme aux exigences de la justice dans les circonstances de l'espèce … [La Cour] doit appliquer les principes équitables comme partie intégrante du droit international et peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable. Certes, il n'existe pas de règles rigides quant au poids exact à attribuer à chaque élément de l'espèce ; on est cependant fort loin de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou de la conciliation[31].

Ainsi qu'il apparaît dans ce passage, la prudence est immanente à l'activité juridictionnelle et ce, en ce que toute application du droit est circonstanciée et nécessite une prise en compte de tous les intérêts et circonstances pertinentes[32]. Si cette prise en compte requiert interactivement une interprétation factuelle du droit et une interprétation juridique des faits[33], elle est structurée par la logique dialectique théorisée par le Stagirite[34]. C'est à l'aide de cette logique

---

[31] CIJ, affaire du *Plateau Continental* (*Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne*), para. 71.

[32] Au-delà de l'indétermination qui est le sien, il n'en reste pas moins que le droit international positif est constitutif d'un cadre dans lequel les tribunaux oeuvrent. Dans ce contexte, même s'ils doivent opérer leur (re)contextualisation casuistique, les tribunaux sont tenus par les choix normatifs opérés par les Etats. En ce sens, la CIJ a noté : « En réalité il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables et c'est le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équitable plutôt que l'adoption d'une seule considération en excluant toutes les autres. De tels problèmes d'équilibre entre diverses considérations varient naturellement selon les circonstances de l'espèce. (CIJ Recueil 1969, para. 93.) Pourtant, bien qu'il n'y ait peut-être pas de limite juridique aux considérations dont les Etats sont en droit de tenir compte, il peut difficilement en être de même lorsqu'une juridiction applique des procédures équitables. En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence seules pourront intervenir celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle s'est constituée en droit, et à l'application de principes équitables à sa délimitation. S'il en allait autrement, la notion juridique de plateau continental elle-même pourrait être bouleversée par l'introduction de considérations étrangères à sa nature. », CIJ, affaire du *Plateau continental* (*Jamahiriya Arabe Lybienne c. Malte*), para. 48.

[33] Voir F. Ost & M. van de Kerchove, « Interprétation », *Archive de philosophie du droit*, 17, 1972, 174 ; Radi, *La standardisation et le droit international*, 63-64.

[34] Le substantif dialectique désigne à la fois une science et l'objet de la science, distinction correspondant à la division scolastique entre « *dialectica docens* » et « *dialectica utens* ». Aristote n'a pas inventé cette science, mais il l'a élaborée en observant la vie intellectuelle de son époque. C'est en relation avec cette théorisation que le Stagirite est considéré comme le fondateur de la dialectique, même si d'autres philosophes reconnaissaient déjà avant lui un rôle à la dialectique, celle-ci permettant notamment pour Platon d'atteindre la vérité.

que nous continuons avec Aristote notre promenade dans les jardins du droit international.

3. La dialectique

La dialectique est de ces concepts dont les siècles ont usé et abusé[35]. Dans ce contexte, il est nécessaire aux fins de mieux comprendre la dialectique selon Aristote de la resituer dans le contexte plus général de sa métaphysique[36].

Contrairement à la doctrine platonicienne des Idées, la pensée aristotélicienne introduit une séparation radicale entre le « monde supra-lunaire », immuable et intangible, et le « monde sub-lunaire », contingent et mouvant, dans lequel demeure l'Humanité. Si pour Aristote celui-là constitue un modèle et un moteur pour les Hommes, il n'en reste pas moins qu'il considère que le discours humain ne peut faire que *comme si* le monde était un tout bien ordonné. Comme noté par P. Aubenque, « ce *comme si*, que les commentateurs ont négligé, introduit la distinction capitale entre la réalité d'un rapport intelligible et l'impossible idéal d'un monde qui aurait retrouvé son unité »[37]. Les Hommes sont ainsi condamnés à vivre dans la contingence d'un monde rendant inopérante la science démonstrative, mais nécessaire la logique dialectique.

Sur le fondement de la cohérence avec les opinions[38], cette logique qui anime la raison humaine et le dialogue permet par l'échange d'arguments d'opérer une sélection et un choix entre les différentes propositions pouvant servir de solution à un problème donné[39]. Ces différentes propositions, sous-tendues par la protection ou la promotion d'un intérêt donné, sont en effet dans le contexte contingent qui caractérise les sociétés humaines toutes légitimes *ab initio*. Il est important de souligner que pour Aristote la cohérence est l'horizon discursif indépassable

---

35 Pour une généalogie du concept de « dialectique », voir notamment C. Bruaire, *La dialectique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985 ; P. Sandor, *Histoire de la dialectique*, Paris, Nagel, 1947.

36 Sur les origines mystérieuses du substantif « métaphysique » en relation avec l'œuvre aristotélicienne, voir P. Aubenque, *Le problème de l'être chez Aristote*, 5e ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2009, 21-44.

37 *Ibid.*, 401-402.

38 Dans la philosophie aristotélicienne, l'opinion n'est pas « méprisable », et ce, notamment dans la mesure où elle repose sur la raison. Pour acquérir le statut d'opinion, un énoncé doit ainsi voir s'accorder à son égard tous les hommes ou une grande majorité d'entre eux et, concernant les matières difficiles, les personnes les plus qualifiées.

39 Voir Aristote, *Les Topiques*, Paris, Vrin, 1950. Pour un commentaire de l'œuvre, voir notamment, G.E.L. Owen (ed.), *Aristotle on Dialectic – The Topics, Proceedings of the Third Symposium Aritotelicum*, Oxford, Clarendon Press, 1968 ; W.A. De Pater, *Les Topiques d'Aristote et la dialectique platonicienne, méthodologie de la définition*, Fribourg, Saint Paul, 1965 ; et surtout Y. Pelletier, *La dialectique aristotélicienne – Les principes clés des Topiques*, 2e ed., Société d'Etudes Aristotéliciennes, 2007.

des sociétés humaines. Plus précisément, l'unité ne peut pour lui constituer qu'un modèle, la cohérence constituant l'horizon des sociétés humaines. Mais qui plus est, la cohérence constitue seulement un horizon en ce et parce que les problématiques humaines sont mouvantes et appellent, au-delà de leur temporaire solution synchronique, une recomposition diachronique. Ainsi qu'il apparaît ici, la cohérence est un concept éminemment dynamique, dynamisme mieux traduit par l'expression « mise en cohérence ». C'est cette (mise en) cohérence que poursuit la logique dialectique qui anime selon Aristote la raison et le dialogue. Si elle y trouve son expression, il est fondamental d'avoir conscience que ce raisonnement et surtout ce dialogue ne sont pas libres mais réglés[40]. Dans cette perspective, comme l'auteur de cet hommage à Pierre-Marie Dupuy l'a défendu dans d'autres travaux[41], c'est en la procédure que se formalise la dialectique. Dans le contexte d'un dialogue où les motivations des participants ne visent souvent pas à la cohérence[42], c'est elle qui permet d'opérer une sélection et un choix entre les propositions répondant d'une logique dialectique. Rationalisant l'expression des intérêts particuliers en vue de la cohérence de la solution, la procédure ne vise cependant pas à les annihiler.

C'est cette logique dialectique qui anime l'activité des tribunaux internationaux. La procédure juridictionnelle vise tout d'abord à rationaliser l'expression des intérêts des parties et à permettre l'échange d'arguments, et ce, tant durant la phase écrite que la phase orale. Ensuite, le raisonnement de ces tribunaux et de leurs membres est caractérisé par la nécessité d'opérer une sélection, puis un choix entre des possibles normatifs dans le cadre que constitue le droit international positif. Cette sélection repose sur l'échange et la balance d'arguments réalisés par chacun de ces membres en leur « for » intérieur et aussi et surtout entre eux, concernant les tribunaux collégiaux[43]. Au-delà du droit applicable à la résolution du différend, les précédents constituent un étalon fondamental de détermination de la cohérence des propositions discutées.

Cette logique argumentative qui marque la délibération se traduit *ex post* dans la rédaction des décisions juridictionnelles internationales. Loin de la reconstruction fictive du raisonnement opérée dans les décisions des ordres

---

40 Plus généralement, dans la lignée doctrinale d'Aristote, Saint Thomas d'Aquin a théorisé la dialectique telle qu'elle opérait au Moyen Age dans la *questio disputata*. Celle-ci répondait d'une véritable procédure composée de trois étapes : la clôture de l'espace de la discussion, la discussion du problème posé et la conclusion du débat par le « maître de clore ». Voir notamment Villey, *Philosophie du droit*, 197-202.

41 Radi, *La standardisation et le droit international*, 137-138.

42 C'est en ce sens qu'Aristote distingue la dialectique de la rhétorique d'une part, et de la « chicane » d'autre part, celles-ci visant respectivement aux apparences de la sagesse et à la victoire, voir Pelletier, *La dialectique aristotélicienne*, 50.

43 Au-delà de la sélection des arguments, cet échange permet aussi de rationaliser l'expression des convictions dont les juges et arbitres ne sauraient radicalement se défaire.

romano-germaniques[44], les décisions juridictionnelles internationales empruntent le modèle rédactionnel anglo-saxon caractérisé par une discussion argumentative. Dans le même sens, la pratique des opinions séparées ou concurrentes illustre qu'une même solution peut être atteinte par différents arguments et que le cadre normatif, malgré la délibération, laisse place à différentes solutions.

Dans ce contexte et en l'absence de règle du *stare decisis* ou de procédure d'appel, il est fondamental pour la sécurité juridique que dans un régime juridique donné les décisions juridictionnelles présentent une cohérence d'ensemble. Cette cohérence systémique qui prend la forme de la « jurisprudence (constante) » est le produit d'une balance diachronique entre les arguments que constituent les décisions juridictionnelles. Dans cette balance, les décisions les plus équilibrées sont appelées à réunir les juges par-delà leur irréductible sensibilité et à faire ainsi jurisprudence. Dans cette perspective, les techniques de balance des intérêts qui traduisent « scripturalement » la balance du raisonnement jouent un rôle notable dans la (mise) en cohérence normative des régimes du droit international. Les solutions « mesurées » qu'elles permettent d'atteindre sont en effet susceptibles de rassembler la communauté des « jurisprudents ».

La dialectique, en toutes ces dimensions et enjeux, se trouve au cœur d'un régime bien connu de Pierre-Marie Dupuy : le droit international des investissements.

Caractérisé par une « atomisation » de sa pratique conventionnelle en traités bilatéraux et de son corps arbitral en tribunaux *ad hoc*, ce régime n'en connaît pas moins une formation dialectique. Ainsi qu'illustré par la rédaction argumentative des sentences arbitrales et la multiplication des opinions dissidentes, les tribunaux arbitraux sont, dans l'application des normes flexibles[45], notamment le traitement juste et équitable et la prohibition des expropriations indirectes, conduits à opérer un échange d'arguments. Au-delà des sentences des autres tribunaux, on trouve au cœur de cet échange et en guise d'étalon de la cohérence le double *telos* du régime : le développement de l'Etat et la protection de l'investissement[46]. Cette dualité est une source d'incohérence et en tout cas

---

[44] Traditionnellement considérée comme « omnisciente » et « omnipotente », la loi voit en effet encore aujourd'hui son application aux faits de l'espèce succinctement présentée sous la forme d'un syllogisme analytique (et non pas dialectique). Au-delà de cette reconstruction, c'est le même raisonnement qui caractérise l'activité des tribunaux des ordres romano-germaniques et de *common-law*. En ce sens, voir notamment N. MacCormick, « Judgements in the Common Law », in Ch. Perelman & P. Foriers (eds.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 170.

[45] Voir note 29 ci-dessus.

[46] Contrairement à une opinion largement répandue, le droit international des investissements ne vise en effet pas seulement à la protection des investissements, mais aussi au développement de l'Etat. Qui plus est, on peut considérer au regard de la genèse de ce droit que ce second objectif est le principal, la protection de l'investisseur n'étant que son accessoire aux fins d'attirer les investisseurs dans la perspective du développement.

de complexité tant au niveau casuistique que systémique. Dans ce contexte, l'adoption d'une approche médiane formalisée dans les sentences par le développement de techniques de balance des intérêts, en permettant une balance entre ces intérêts dans l'application des normes flexibles, contribue à dégager des solutions normatives faisant sens avec cet ambivalent *telos*. Il en est notamment ainsi du test des attentes légitimes (« *legitimate expectations* ») à l'égard du traitement juste et équitable[47], comme illustré par la sentence *Saluka*[48], et du test de proportionnalité[49] relativement à l'expropriation indirecte, ainsi qu'exemplifié

En ce sens, le Tribunal institué en l'affaire *Charles Lemire* estima : « The main purpose of the BIT is thus the stimulation of foreign investment and of the accompanying flow of capital. But this main purpose is not sought in the abstract; it is inserted in a wider context, the economic development for both signatory countries. Economic development is an objective which must benefit all, primarily national citizens and national companies, and secondarily foreign investors. Thus, the object and purpose of the Treaty is not to protect foreign investments *per se*, but as an aid to the development of the domestic economy », *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Affaire CIRDI No. ARB/06/18, 21 jan. 2010, Decision on Jurisdiction and Liability, paras. 212-213. Dans le même sens, voir *AWG Group Ltd. c. The Argentine Republic*, 30 juil. 2010, et *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Affaire CIRDI No. ARB/03/19, 30 juil. 2010, Decision on Liability, para. 218 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, Affaire CIRDI No. ARB/03/17, 30 juil. 2010, Decision on Liability, para. 200.

47 Si la pratique des tribunaux arbitraux relativement aux attentes légitimes diverge encore relativement aux éléments à prendre en compte dans le cadre de ce « test », la jurisprudence des tribunaux administratifs nationaux nous enseigne qu'il consiste *mutatis mutandis* en un test à « deux temps ». Tout d'abord, les tribunaux vérifient si la personne privée a une attente légitime créée par un engagement ou une promesse spécifique de l'Etat. Si tel est le cas, ils contrôlent ensuite si la violation de cette attente était nécessaire et proportionnée. Pour des études de cette jurisprudence administrative, voir notamment P.P. Craig, « Legitimate Expectations: a Conceptual Analysis », *Law Quarterly Review*, 108, 1992, 79-98 ; P.P. Craig, « Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law », *Cambridge Law Journal*, 55(2), 1996, 289-312 ; S.J. Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000 ; R. Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Portland, Hart Publishers, 2000. Pour son application dans le contentieux de l'investissement, voir Y. Radi, « Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration: a Perspective from Within the International Investment Law Toolbox », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 37(4), 2012, 1107-1185.

48 Voir *Saluka Investments BV* (*The Netherlands*) *v. The Czech Republic*, 17 mars 2006, para. 306.

49 Il est possible de rapprocher ce test de proportionnalité de celui fourni par la pratique conventionnelle américaine qui requiert la prise en compte de l'impact de la mesure, de son caractère et de la proportion dans laquelle elle interfère avec les « *reasonable investment-backed expectations* ». Voir Annex B – Expropriation *US Model BIT – Treaty Between the United States of America and the Government of* [*Country*] *concerning the Encouragement and Reciprocal Protections of Investment* (2012). Ce test est directement

par la sentence *Mondev*[50]. Au-delà, cette approche constitue un moteur de mise en cohérence systémique du droit international des investissements véhiculée par la pratique arbitrale. Les décisions équilibrées constituent en effet des arguments à même de peser dans la balance systémique et dans le dialogue entre des arbitres aux bagages divers. Au regard des caractéristiques actuelles de l'arbitrage en matière d'investissement[51], la conscience chez les arbitres de la nécessité pour les Etats et des investisseurs d'avoir un droit prévisible leur permettant de déterminer leurs « politiques » respectives, joue *in fine* un rôle crucial dans le développement cohérent de la pratique arbitrale. En ce sens, on s'accorde avec cette position de la majorité du tribunal dans l'affaire *Burlington* :

> The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. The majority believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development

---

inspiré de la jurisprudence de la Cour Suprême américaine initiée dans l'affaire *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 US 104 (SC1978). Pour l'analyse de la jurisprudence américaine en lien avec la pratique des tribunaux arbitraux, voir Radi, « Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration ».

50 Voir *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, Affaire CIRDI No. ARB (AF)/00/2, 29 mai 2003, para. 122. Dans cette perspective et au-delà du dogme des *obiter dicta* entre les tribunaux partisans de la « *sole effect doctrine* » et ceux partisans de la « *police power doctrine* », on peut considérer que la plupart des tribunaux adoptent un raisonnement équilibré suivant lequel une mesure étatique d'intérêt général n'équivaut à une expropriation indirecte que dans les cas extrêmes, ne pouvant consister qu'en une perte de contrôle ou une destruction totale de la valeur de l'investissement. En ce sens, du point de vue de la « *sole effect doctrine* », voir notamment *Feldman c. Mexico*, Affaire CIRDI, No. ARB(AF)/99/1, 16 déc. 2002, para. 152 ; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, Affaire CIRDI, No. ARB (AF)/00/2, 29 mai 2003, para. 115. Du point de vue de la « *police power doctrine* », voir notamment *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, Affaire No. UN3481, 3 fév. 2006, para. 169.

51 Dans l'approche conceptuelle ici retenue, il est considéré que la procédure d'annulation, dans la mesure où elle vise notamment à contrôler l'absence de motifs, est la gardienne de l'existence de raisons, *condition sine qua* non de la cohérence. Il est vrai que certains tribunaux d'annulation estiment qu'ils ne peuvent œuvrer à la (mise en) cohérence du droit des investissements. Ainsi, le tribunal constitué en l'affaire *MCI Power Group* expliqua que « [t]he annulment mechanism is not designed to bring about consistency in the interpretation and application of international investment law », *MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador*, Affaire CIRDI No. ARB/03/6, 19 oct. 2009, Decision on Annulment, para. 24. Voir Art. 52(1)(e) de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* adoptée le 18 mars 1965.

> of investment law, and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards the certainty of the rule of law[52].

Plus prospectivement[53], la procéduralisation systémique de cet arbitrage, par l'intermédiaire de mécanismes d'appel[54] ou préjudiciels[55], constituerait la garante dialectique de la formation cohérente du droit international des investissements et, par là même, satisferait les attentes de la communauté des Etats et des investisseurs. Au-delà de ce régime spécifique, c'est dans le cadre de l'ordre juridique international dans son ensemble qu'il convient d'envisager la question de la cohérence pour achever cette promenade avec Aristote dans les jardins du droit international.

4. Conclusion : La cohérence du droit international

La question de la pluralité des régimes dans l'ordre juridique international a particulièrement retenu l'attention et les travaux de Pierre-Marie Dupuy[56] et plus généralement ceux de la doctrine[57]. Dans ce contexte doctrinal, on souhaite

---

[52] *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (*PetroEcuador*), Affaire CIRDI No. ARB/08/5, Décision sur la compétence, 2 juin 2010, para. 100. En ce sens, voir également *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, Affaire CIRDI No. ARB/98/2, 8 mai 2008, para. 119 ; *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh*, Affaire CIRDI No. ARB/05/07, Décision sur la compétence et recommandation sur les mesures provisoires, 21 mars 2007, para. 67 ; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, Affaire CIRDI No ARB/04/19, 18 août 2008, para. 117.

[53] Le projet d'institution d'un mécanisme d'appel a été discuté puis suspendu dans le cadre du CIRDI. Voir notamment CIRDI, *Possible improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Document de travail du 22 octobre 2004, paras. 20-23, disponible à l'adresse internet : http://icsid.worldbank.org/ICSID/; *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, Document de travail du Secrétariat du CIRDI, 12 mai 2005, 3, disponible à l'adresse internet: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

[54] Voir notamment J. Clapham, « Finality of Investor-State Arbitral Awards: Has the Tide Turned and is There a Need for Reform ? », *Journal of International Arbitration*, 26(3), 2009, 450-451 ; M.D. Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, 177-184.

[55] En ce sens, voir C. Schreuer, « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration », *Transnational Dispute Management*, 3(2), 2006, 25.

[56] Voir notamment P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international, Cours général de droit international public (2000) », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 9-490.

[57] Voir notamment le rapport de la CDI : *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, disponible à l'adresse suivante : http://untreaty.un.org/ et parmi une abondante littérature, M. Craven, « Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law », *Finnish Yearbook of International Law*, 14, 2003, 3-34 ;

souligner en cette conclusion l'importance de penser la question de leur coordination non seulement à l'égard des tribunaux, mais aussi plus généralement à l'égard de tous les organes participant à la formation du droit dans ces régimes, et ce, tant en « amont » qu'en « aval ».

En amont, il est important pour la cohérence du droit international que les organisations internationales et régimes conventionnels intéressés au traitement de mêmes phénomènes sociétaux travaillent ensemble à l'élaboration des instruments normatifs. Procéduralement organisée, cette collaboration limite en effet les risques que le droit substantiel de ces cadres diverge et, par là même, que les Etats aient des obligations difficiles à exécuter contemporainement. La collaboration de l'UNESCO et de l'OIT constitue ici un exemple d'une telle coopération procédurale[58].

Ces deux organisations illustrent aussi la coordination procédurale qui peut œuvrer « en aval » à la mise en cohérence du droit international au stade du contrôle de l'application des instruments normatifs[59]. Ce contrôle conjoint permet en effet la prise en compte de tous les enjeux et intérêts tels que promus par les organisations et régimes ici encore intéressés au phénomène sociétal appréhendé. En aval, c'est aussi bien entendu les juges et arbitres internationaux qui peuvent œuvrer à cohérence du droit international dans son ensemble. Dans un contexte où la verticalisation procédurale sous l'auspice de la Cour internationale de justice[60] apparaît peu probable[61], juges et arbitres devraient être guidés par

---

R. Higgins, « The ICJ, the ECJ, and the Integrity of International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 52, 2003, 1-20 ; E. Jouannet, « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6 novembre 2003, Affaires des Plates-formes pétrolières », *Revue Générale de Droit International Public*, 108, 2004, 917-948 ; M. Koskenniemi & P. Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, 553-579 ; M. Prost & P. Kingsley Clark, « Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter ? », *Chinese Journal of International Law*, 5, 2006, 341-370 ; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, 2003, Oxford, Oxford University Press ; B. Simma & D. Pulkowski, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *European Journal of International Law*, 17, 2006, 483-529.

58 La *Recommandation concernant la condition du personnel enseignant* fut élaborée et adoptée le 5 oct. 1966 par la Conférence intergouvernementale spéciale sur la condition du personnel enseignant convoquée par l'UNESCO, en collaboration avec l'OIT. Il en fut de même pour la *Recommandation concernant la condition du personnel enseignant de l'enseignement supérieur* adoptée le 11 novembre 2007, disponibles à l'adresse internet : http://www.ilo.org/.

59 Voir le site du CEART, à l'adresse internet : http://www.ilo.org/.

60 En ce sens, voir Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », 475.

61 En ce sens, voir notamment O. Vicuna & C. Pinto, « The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century », *Preliminary Report Prepared for*

et conscients de l'essence de leur œuvre commune, la *juris-prudence*. En effet, la prudence du droit, consiste d'abord et avant tout en sa cohérence. Au-delà, c'est la raisonnabilité du « prudent » qui, dans une approche aristotélicienne avec laquelle Pierre-Marie Dupuy pourrait sans doute s'accorder[62], est l'essence et la garante de la cohérence.

the 1999 Centennial Commemoration of the First International Peace Conference, la Haye, 1999 ; G. Guillaume, « Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire de la CIJ », *Revue Générale de Droit International Public*, 100, 1996, 323-333.

[62] Dans cette perspective, P.-M. Dupuy a en effet pu écrire : « L'examen de la structure actuelle des relations entre juridictions internes et internationales d'une part, internationales entre elles d'autre part, conduit en tout cas à la conclusion qu'au-delà de toutes les institutions juridiques, c'est d'abord dans la tête des juges eux-mêmes que se résout la question. Qu'ils soient convaincus de la nécessité d'application harmonisée des règles du droit international et l'unité de celui-ci sera assurée. Qu'ils méconnaissent au contraire, par culture ou par incompétence, cette unité fondamentale, et elle risquera bel et bien de dépérir. », P.-M. Dupuy, « Unité d'Application du Droit International à l'Echelle Globale et Responsabilité des Juges », *European Journal of Legal Studies*, 1(2), 2007, 1-2.

PARTIE II

RESPONSABILITÉ DES ETATS ET RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX

PART II

STATE RESPONSIBILITY AND INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT

CHAPITRE SEIZE

LA MÉTAMORPHOSE DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE INTERNATIONALE

Georges Abi-Saab*

Cela fait presque un demi-siècle que je connais Pierre-Marie Dupuy. Tout au début, alors qu'il terminait ses études, par l'intermédiaire de son Père, le grand René-Jean Dupuy, juriste visionnaire et orateur hors pair, d'un charisme extraordinaire et d'un sens de l'humour et de l'amitié typiquement méditerranéens. Des traits de caractère qu'on retrouve chez Pierre également, comme j'ai pu le constater par la suite en observant son cheminement dans l'univers du droit international et en collaborant avec lui à maintes occasions.

A ces traits personnels, Pierre allie une intelligence aigue, une vaste culture, un haut niveau de technicité et une vision multiple du champ résultant de son travail en plusieurs langues ; des qualités qui se reflètent dans ses analyses subtiles et percutantes et dans son œuvre substantielle, et qui expliquent la place de choix qu'il occupe dans la doctrine française.

C'est en humble témoignage d'amitié et d'admiration, et non sans une certaine hésitation, que je propose, dans ces Mélanges qui lui sont dédiés, de traiter brièvement et de manière macro-analytique, les mouvements tectoniques qui ont traversé un champ qu'il a tant labouré.

1. Introduction

Si l'on se réfère au dictionnaire, le terme « métamorphose » signifie un changement radical, ou une transformation fondamentale ; le passage d'un état (dans le sens d'état des choses) à un autre, comme la chenille qui devient papillon.

Peut-on vraiment parler de « métamorphose » dans ce sens à propos de la fonction juridictionnelle internationale ? Est-ce trop exagéré ? L'impression générale (à nuancer plus loin) est que depuis la fin des années 80 et surtout pendant

* Professeur honoraire, Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement, Genève.

la dernière décennie du 20è siècle, on a connu un changement quantitatif dans l'activité juridictionnelle internationale, qui a pris une telle accélération et atteint une telle dimension, qu'on pourrait l'analyser théoriquement en termes de ce qu'on appelle en physique « un saut qualitatif », (« *quantum leap* ») ; le saut qui transforme le quantitatif en qualitatif ; un changement qui a transporté la « fonction juridictionnelle internationale » d'un état à un autre fort différent, et qui justifierait amplement, en empruntant à la biologie cette fois-ci, l'emploi du terme « métamorphose ».

Que s'est-il passé pendant cette courte période ? On parle souvent de « prolifération » de tribunaux internationaux. Mais il ne s'agit pas seulement de quantité, de prolifération par le nombre, mais bien par la variété de ce qui a été créé. On est ainsi passé, dans un laps de temps relativement court à l'échelle historique, d'un état de « pénurie ou d'indigence endémique », de quasi vacuité en termes d'organes et de volume d'affaires traitées et tranchées – au point de permettre la mise en question de l'existence même du droit international en tant que « système juridique » – à un état d'abondance et de grande variété en termes d'organes et de types de contentieux.

On doit toutefois relativiser ce qu'on entend ici par « abondance », car il s'agit d'abondance toute relative, par rapport à ce qui existait (ou plutôt n'existait pas) avant, mais pas par rapport aux besoins du système, ce qui est une toute autre chose.

Chacun de ces deux états – d'indigence et d'abondance – emporte avec lui son lot de problèmes, qui mérite une brève visite.

2. L'ère de l'indigence

Selon le grand historien allemand du droit international, Wilhelm Grewe : « l'idée d'arbitrage a été utilisée à trois périodes de l'histoire occidentale : dans le monde des « polis » grecques ; dans le Haut et Bas Moyen Age ; et au 19è et début du 20è siecles. Cependant, il n'est pas possible de démontrer une continuité entre ces trois époques dans l'évolution historique de la formation et l'application de cette idée »[1].

La dernière phrase de ce constat est particulièrement pertinente pour notre sujet. Car l'époque qui nous intéresse se situe entre les deux dernières périodes indiquées par Grewe ; celle de la Paix de Westphalie (1648), à laquelle beaucoup

[1] W. Grewe *The Epochs of International Law*, (Translated and Revised by Michael Beyers), Berlin, Gruyter, 2000, 104 : « The idea of arbitration has been used in three periods of occidental history : in the world of the Greek polis; in the High and late Middle Ages; and in the nineteenth and early twentieth centuries. However, a continuous historical evolution of the formation and application of this idea within these tree epochs cannot be demonstrated » (Texte traduit de l'anglais par l'auteur).

d'auteurs retracent les origines directes de notre système actuel du droit international. Et même si ces origines remontent plus loin, la Paix de Westphalie représente un tel basculement dans la structure du système (dans les faits, mais surtout dans la perception de ces faits, « *a paradigm shift* »), pour s'arrêter là.

Grewe qualifie l'époque s'étendant de la Paix de Westphalie jusqu'au Congrès de Vienne de « *nadir* de l'arbitrage international »[2]. Le *nadir*, c'est « le point le plus bas (à l'opposé du Zénith) », selon le Grand Robert.

Pourquoi le *nadir* ? C'est que la Paix de Westphalie, qui mit fin aux Guerres de Religion en Europe, a fait basculer la structure du système d'une structure verticale ou hiérarchique – celle de la double allégeance des princes au Pape et à l'Empereur, qui était devenu à ce stade totalement fictive et a fini par éclater sous le poids de la Réforme et les Guerres de Religion – à une structure horizontale de « souverains » formellement égaux ; « souverains » veut dire qu'ils ne sont pas (ou plus) assujettis à une quelconque autorité supérieure, et le souverain est défini par le fait d'avoir le dernier mot.

Cette nouvelle structure est hostile au règlement juridictionnel des différends, qui consiste à trancher les différends par un tiers, délivrant une décision en droit, finale et obligatoire pour les parties. Les nouveaux souverains n'appréciaient guère l'idée de donner de la main gauche ce qu'ils ont durement acquis de la main droite, en se dessaisissant du pouvoir de l'ultime décision, même si c'est en faveur d'un arbitre ou d'un tribunal.

S'en suit alors, et jusqu'à la fin du 18è siècle, une période de somnolence, pour ne pas dire d'éclipse presque totale, de l'arbitrage international. Les quelques rares cas qu'on peut recenser ne ressemblaient que très vaguement, dans leur procédure et le style de décision, à l'arbitrage contemporain ; et ils étaient en général confiés à un tiers souverain. Il s'agissait plutôt de deux souverains sollicitant l'intercession politique d'un pair pour les aider à régler leur différend, plutôt que deux justiciables s'adressant à un juge ou un arbitre pour rendre un jugement en droit.

A la fin du 18è siècle, l'émergence des Etats-Unis d'Amérique préfigure un renouveau de l'arbitrage avec le traité connu sous le nom du Secrétaire d'Etat qui l'a conclu, le « Jay Treaty » de 1794, avec le Royaume Uni ; Traité qui prévoit de résoudre les séquelles de la Guerre d'Indépendance par le recours à l'arbitrage. Cependant, il ne s'agissait pas encore d'arbitrage dans le sens contemporain du terme, mais plutôt de commissions mixtes, en réalité d'organes communs, sans la participation de personnalités indépendantes de nationalités tierces.

---

[2] *Ibid.*, 363 ; voir aussi *ibid.*, 517 : « International Arbitration, a legal institution which had fallen into almost complete abeyance … ».

2.1. *Le tournant de l'Alabama*

Ce n'est que bien plus tard, vers la fin du 19è siècle, qu'un autre différend entre les mêmes deux pays, issu cette fois-ci de la guerre civile américaine, mène à l'arbitrage de l'*Alabama*, tenu à Genève en 1872 ; arbitrage qui marque le début de l'arbitrage inter-étatique contemporain comme mode juridictionnel de règlement des différends par référence exclusive au droit international et par des organes indépendants des parties (bien que désignés par elles), en ce sens qu'ils incluent des personnalités indépendantes de nationalités tierces, qui ont un poids déterminant dans la prise de décision.

Ainsi commence la troisième période ou saison de floraison de l'arbitrage selon Grewe, période qui s'étend jusqu'à la Première Guerre mondiale. C'est une période qui est également celle de la première vague de mondialisation économique des temps modernes, issue de la révolution industrielle, qui a rendu possible l'intensification de la production à large échelle et l'extension considérable des circuits d'échange et de communication.

Au cours de cette période, le recours à l'arbitrage s'intensifie et se détache quelque peu des parties pour acquérir un profil procédural plus accusé par rapport aux autres modes d'intercession politique ou diplomatique. Des clauses compromissoires apparaissent dans les traités prévoyant *ex ante* le recours à l'arbitrage en cas de différend sur leur interprétation ou leur application. Et en 1903 (l'ère de l'« Entente Cordiale ») la France et le Royaume Uni concluent un traité général d'arbitrage, qui a servi de modèle à beaucoup d'autres, et qui prévoit le règlement de leurs différends en général par le recours à l'arbitrage.

Malgré ces avancées prometteuses, le rôle de l'arbitrage, qui est la seule forme d'activité juridictionnelle connue jusqu'alors (et à peine émancipée de l'intercession politique) reste modeste. Car, mis à part leur caractère purement consensuel, les traités d'arbitrage excluent de leur champ les causes des conflits les plus importantes et les plus sensibles, et cela par des formules telles que « les questions touchant à la souveraineté, l'honneur national ou les intérêts vitaux » des Parties (ancêtres de la réserve automatique du « domaine réservé »). Et dans tous les cas, même pour les clauses compromissoires figurant dans les traités de cette époque (clauses limitées en général aux traités commerciaux ou économiques) il fallait établir *ex post*, après l'émergence du différend, par accord spécial, le tribunal arbitral ou la commission mixte qui examinerait l'affaire ou la série d'affaires sur lesquelles porte le différend. De telle sorte qu'aucun des différends sous-tendant les conflits majeurs et les guerres qu'a connus le monde pendant cette période, au tournant du 19è au 20è siècles,– telles les guerres des Balkans, la guerre hispano-américaine, la guerre des Boers ou la guerre russo-japonaise – n'a été résolu par l'arbitrage. Ainsi, malgré l'embellie de l'atmosphère pendant cette période, l'activité juridictionnelle reste marginale dans le cadre du système juridique international.

2.2. *La quête de la justice institutionnalisée*

Au plan technique, les tribunaux arbitraux établis pendant cette période de transition du 19è au 20è siècle, étaient tous de caractère *ad hoc* car, même en présence d'une obligation conventionnelle préalable d'arbitrage, ils sont créés au cas par cas, sans lien entre eux ; leur existence éphémère étant limitée à l'affaire ou la série d'affaires ayant occasionné leur établissement. Chaque tribunal constituait ainsi un univers juridictionnel en soi, et suivait son propre cheminement séparé des autres.

Cependant, cette même période, à cause des bouleversements techniques et économiques déjà mentionnés (Révolution industrielle, mondialisation économique) était également celle de l'avènement au plan international des mouvements sociaux, tels les mouvements ouvrier et socialiste, et plus particulièrement pour notre sujet, les Fédéralistes mondiaux et le Mouvement de la Paix.

Ces deux derniers mouvements prônaient entre autres l'établissement d'un système de justice internationale permanente et obligatoire comme meilleur moyen de prévenir la guerre. Leurs efforts, conjugués avec d'autres, ont conduit aux deux Conférences internationales de la Paix de La Haye de 1899 et 1907. La première Conférence a donné lieu à la « Cour Permanente d'Arbitrage » (CPA) ; nom ronflant d'une institution qui est, comme l'a décrite Hudson, « ni cour, ni permanente », mais simple registre d'arbitres potentiels, parmi lesquels les Etats parties à la Convention peuvent choisir des arbitres (sans en exclure d'autres), au cas où ils s'accorderaient à établir un tribunal pour trancher une affaire donnée. Mais il est vrai que ce registre est accompagné d'un secrétariat « permanent » pour assister les tribunaux ainsi créés.

La Seconde Conférence de 1907, tout en révisant la Convention établissant la CPA, a réussi à produire une autre cour permanente de prises, qui n'a jamais vu le jour faute de ratifications suffisantes. Mais pour ce qui est de la juridiction permanente à compétence générale, il fallut attendre encore jusqu'après la première guerre mondiale.

Il faut relever cependant l'établissement, au plan régional, d'une juridiction qui répondait à la description du « type idéal » prôné par les mouvements de la paix et du fédéralisme mondial. Il s'agit de la Cour de justice centre-américaine, établie également en 1907, pour dix ans renouvelables, et ayant une compétence générale et obligatoire pour tous les Etats qui ont ratifié son Statut. Malheureusement, après les dix ans, elle n'a pas été renouvelée en 1917, le monde étant en pleine guerre mondiale.

2.3. *La Cour Permanente de Justice Internationale*

Une étape majeure est franchie après la Grande Guerre, avec l'établissement, en 1922, de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) : l'avènement d'un organe judiciaire permanent à compétence générale *ratione materiae*. Mais la réalisation n'était pas à la hauteur des aspirations, celles d'une juridiction dont

la compétence est également générale *ratione personae*, en ce sens qu'elle est obligatoire pour tous les Etats qui adhèrent à son Statut, par le simple fait de cette adhésion. En lieu et place, une formule transactionnelle est adoptée, dont la dénomination est paradoxale pour ne pas dire contradictoire : « La clause facultative de la juridiction obligatoire » de l'article 36/2 du Statut. Ainsi, la compétence de la Cour doit être établie dans chaque cas, sur la base d'un titre de compétence indépendant, témoignant de l'acceptation de cette compétence *in casu* par les parties concernées.

En conséquence, malgré son caractère institutionnel et permanent, l'utilisation de la CPJI était plutôt restreinte durant les 18 années de son existence active, de 1922 à 1940 : 32 jugements, dans 24 affaires contentieuses et 27 avis consultatifs. Presque la moitié des affaires contentieuses avaient pour titre de compétence les traités de paix et concernaient la protection des droits des minorités dans les nouveaux Etats en Europe centrale et orientale ; ces affaires, comme les autres portées devant la Cour, étaient d'une importance mineure ou moyenne, bien loin des différends ou conflits qui ont mené à de la Seconde guerre mondiale.

Ce faible ruissellement d'activité judiciaire, même si on y ajoute les rares arbitrages *ad hoc* de temps à autre (dont certains ont tout de même laissé leur marque, telle la sentence concernant l'affaire de l'Ile de Palmas), constitue, du point de vue quantitatif, un volume d'activité juridictionnelle bien en de ça du niveau optimal pour le système juridique international. Mais il est vrai que la période de l'entre-deux guerres, avec tous ses bouleversements économiques et politiques, n'était guère propice au règlement pacifique ou juridictionnel des différends.

2.4. *La Cour Internationale de Justice – les premières quatre décennies*

La situation n'a guère changé après la Seconde guerre mondiale, malgré la reconfiguration de la CPJI en Cour Internationale de Justice (CIJ), et son intégration formelle, en tant qu'« organe judiciaire principal », dans la structure des Nations Unies ; ou tout au moins, c'est ainsi qu'on percevait la situation jusqu'à la fin des années 80.

La doctrine a essayé d'expliquer le faible débit des affaires portées devant la Cour par une série de « crises », suscitées successivement, selon les auteurs, par la méfiance des pays socialistes ; suivie, dans les années 50, par le déclin de la « clause facultative » (notamment à cause des réserves automatiques qu'on lui attache) ; puis, dans les années 60, par la méfiance des pays du Tiers Monde ; et enfin par l'aliénation des pays occidentaux suite à l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Nicaragua* en 1986[3].

---

[3] Pour plus de détails sur ces crises, voir G. Abi-Saab, « De l'évolution de la Cour internationale : Réflexions sur quelques tendances récentes », *Revue Générale de Droit International Public*, 98(2), 1992, 273, en particulier la section intitulée « Les crises de la Cour », 276-281.

Paradoxalement, c'est approximativement en même temps que cette prétendue dernière « crise », vers la fin des années 80, que la tendance commence à se renverser et qu'on débouche sur l'ère de l'abondance.

3. L'ère de l'abondance

Au seuil des années 1990 et tout au long de cette décennie, la fonction juridictionnelle internationale témoigne d'un dynamisme impressionnant. Dynamisme qui se manifeste à travers non seulement le volume croissant d'affaires qui affluent vers la CIJ et l'arbitrage, mais surtout par l'établissement en succession rapide d'une série de juridictions internationales à haute visibilité, tels que les deux tribunaux pénaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, suivis quelques temps après, par la Cour Pénale Internationale ; le Tribunal du droit de la mer ; l'Organe d'Appel de l'OMC, etc.

Ce qui a attiré en premier lieu l'attention des internationalistes à ce renversement de tendance, tout en suscitant leur préoccupation, est leur soudaine réalisation que l'univers juridictionnel international, qui était jusqu'alors totalement vide sauf pour une seule planète (la CIJ) et la rare traversée d'un météorite (en forme d'un arbitrage *ad hoc*) s'est subitement transformé en un ciel plein d'étoiles sans lien entre elles pour constituer une constellation[4] ; situation qui rend palpable le risque de leur collision – en forme de conflit de compétence, de jugements ou de jurisprudence – et qui mineraient plutôt que de renforcer la sécurité juridique et l'unité de l'ordre juridique international.

3.1. *Les explications théoriques du phénomène*

On commença alors à parler de « prolifération de cours et tribunaux internationaux » comme un phénomène nouveau et presque instantané, largement expliqué par la fin de la guerre froide ; mais également, selon les auteurs, par deux termes devenus à la mode dans le même temps (*buzz words*), la « mondialisation » (*globalization*) et la «fragmentation du droit international ».

Cependant, ce discours invite la critique, du moins sur deux points. Le premier est qu'il appréhende le phénomène sous un angle exclusivement négatif, comme une menace au bon fonctionnement du système juridique, ainsi qu'en témoigne le terme utilisé pour le désigner. Car « prolifération » comporte une connotation négative d'un danger imminent, telle une épidémie ou une arme de destruction massive qui risquent de se propager ou de se multiplier rapidement. Une

---

[4] Voir G. Abi-Saab, « Fragmentation or Unification : Some Concluding Remarks », *NYU Journal of International Law and Politics*, 31(4), 1999, 919, 924. La métaphore est reprise dans le titre de l'article de Bruno Simma et Dirk Pulkowski, « Of Planaets and the Universe : Self-Contained Regimes in International Law », *European Journal of International Law*, 17, 2006, 483.

description qui ne sied pas aux tribunaux, notamment dans un système qui a souffert tout au long de son histoire de manque en terme d'organes juridictionnels.

Le second point qui mérite correction est de dépeindre le phénomène comme nouveau et presque instantané, suscité par la fin de la guerre froide. Il est vrai que la fin de la guerre froide a facilité l'accord entre puissances jadis antagonistes, notamment au sein du Conseil de Sécurité, sur l'établissement de certaines nouvelles juridictions. Mais il s'agit là d'un facteur facilitateur, sans plus, qui ne recouvre pas l'ensemble du phénomène et n'explique pas ses causes profondes.

De même pour l'autre explication, suggérée par certains, qui est la « mondialisation ». Là aussi, il est vrai que la révolution cybernétique dans la technologie de la communication et de l'information, en comprimant l'espace-temps, a donné lieu à une intensification sans précédent de la production et de l'échange à l'échelle mondiale ; créant un besoin croissant de moyens de règlement des différends qui en découlent[5]. Mais il s'agit là également d'un facteur favorable ou facilitateur et non d'une cause directe ou efficiente du phénomène.

Cela s'applique aussi à l'explication du phénomène par la « fragmentation du droit international ». Terme inapproprié, également à connotation négative, car impliquant la fracture en morceaux éparpillés de ce qui existait auparavant comme un tout. Or, ce n'est pas le cas du droit international qui s'est développé à travers les ages par sédimentation ou plutôt en ajoutant des cernes à son tronc, et qui continue à se développer et à s'étendre actuellement, en poussant des branches à partir de ce tronc. Ce qui mène à une certaine diversification dans les règles et leurs mécanismes d'application ; tendance qu'on peut observer dans tous les systèmes juridiques à une certaine étape de leur évolution.

Il n'est pas nécessaire de revisiter ici les longs débats autour du thème de la « fragmentation », ni d'analyser et d'évaluer la contribution du Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, présidé par Martti Koskenniemi, intitulé « Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international »[6]. Car, de toute manière, la « fragmentation du droit international », quoiqu'on pense du terme

---

[5] Cela rappelle *mutatis mutandis* la période de floraison relative de l'arbitrage à la fin du 19è siècle, correspondant à la première vague de mondialisation économique moderne à l'issue de la révolution industrielle.

[6] *Annuaire de la Commission du Droit International*, 2006, vol. II(2). Pour une critique acerbe de ce Rapport, qui le réduit à une simple application de la métaphore populaire de la montagne qui accouche d'une souris, voir B. Conforti, « Unité et fragmentation du droit international 'glissez, mortels, n'appuyez pas' », *Revue Générale de Droit International Public*, 111, 2007, 5-18. Bien que je partage l'évaluation du Prof. Conforti que ce Rapport n'apporte rien en termes de solution innovantes aux problèmes qu'il traite, je lui reconnaît le mérite d'avoir mis ensemble et rendu plus visibles les instruments interprétatifs existants que le droit international met à la disposition du juge pour résoudre, dans la mesure du possible, des apparents conflits entre les normes.

et de sa véracité comme description du réel, n'explique pas la « prolifération des tribunaux », mais la désigne sous un autre nom.

En réalité, la multiplication des cours et tribunaux n'est guère un phénomène nouveau et surtout pas instantané. Il est plutôt l'aboutissement d'un long processus cumulatif, qui remonte à la fin de la Seconde guerre mondiale. Ce processus fait partie de l'évolution prodigieuse du droit international depuis lors, en parallèle avec la complexification rapide et grandissante des relations internationales. Evolution qui n'a ignoré aucun sujet ni aucune grande branche du droit international, tout en étendant son emprise à de nouveaux chantiers ouverts par le développement technologique ou par des nouvelles prises de conscience, tel le droit de l'espace extra-atmosphérique et le droit de l'environnement ; sans oublier le vaste champ des droits de l'homme. Evolution qui embrasse également es aspects institutionnels du droit international, y compris les structures de la famille des Nations Unies et autres organisations internationales, dont de nombreux organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels. Enfin, évolution par la création de nombreux nouveaux régimes spéciaux couvrant des sujets plus techniques ou plus spécialisés, ou répondant à des besoins spécifiques, suivant le modèle de réglementation juridique du « droit international de coopération » (en contraste avec le droit international classique « le droit de coexistence »)[7] ; régimes qui sont généralement dotés de structures institutionnelles avec une forte composante de contrôle juridictionnel (ou autre).

Ainsi s'accumulait progressivement une multitude d'organes juridictionnels, notamment au plan régional, telles les Cours Européenne et Interaméricaine des droits de l'homme, ainsi que la Cour Européenne de Justice ; mais aussi, au plan universel, les tribunaux administratifs des Nations Unies et d'autres organisations internationales, les « groupes spéciaux » (panels) du GATT ; le Comité des droits de l'homme, etc. Cependant, comme ces organes étaient régionaux ou s'occupaient de domaines sectoriels ou spécialisés, on les envisageait en ordre dispersé, éparpillés comme ils l'étaient dans différents chapitres du droit international ; et leur accumulation en tant que telle n'attirait pas particulièrement l'attention des internationalistes. C'est l'accélération du rythme de ce processus cumulatif, par la création, dans un court lapse de temps, de plusieurs tribunaux à haute visibilité, qui a propulsé le phénomène de leur multiplication sur le devant de la scène. D'où la fausse impression de nouveauté et de spontanéité.

L'évolution prodigieuse du droit international, y compris de sa juridictionnalisation croissante, constitue un bien en soi. Mais comme toute chose, elle porte en

---

[7] Sur le mouvement tendanciel du droit international contemporain du « droit de coexistence », qui est auto-géré par les Etats individuellement, vers le « droit de coopération » qui est institutionnel par nature, voir G. Abi-Saab, « La communauté internationale saisie par le droit : Essai de radioscopie juridique », in *Paix, Développement, Démocraties. Boutros-Boutros-Ghali Amicorum Disciplurumque Liber*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, l998, 81-108.

elle les vices de ses vertus. Pierre Teilhard de Chardin a défini l'évolution comme un processus de « complexification-conscience ». La complexification s'opère par la multiplication des cellules ou composantes du corps et une division de travail croissante entre elles. Ces composantes deviennent ainsi de plus en plus spécialisées, et prennent progressivement conscience du changement qu'elles, ainsi que le corps auquel elles appartiennent, sont en train de subir. Cette prise de conscience, est d'autant plus crucial quant il s'agit d'un corps ou un système social, car les composantes peuvent influer sur le processus, en facilitant son déroulement, ou en le freinant.

Plus il y a division de travail et spécialisation des composantes, plus impérieux devient le besoin de préserver l'unité de l'ensemble, qui rend la spécialisation possible et lui donne un sens, en permettant à chacune des composantes de se concentrer sur sa tâche, laissant le reste des tâches ou fonctions vitales du corps, aux autres éléments de l'ensemble. Mais cette unité est plus difficile à maintenir à cause de la traction centrifuge de la spécialisation. Dans un système juridique, ce qui fait le contrepoids de cette traction centrifuge ce sont les principes généraux qui sous-tendent l'édifice normatif et maintiennent tous ses éléments ensemble.

Spécialisation veut aussi dire régimes spéciaux. Cependant, aussi grande que soit l'autonomie et le particularisme de ces régimes, il ne peut y avoir de régime complètement auto-suffisant au sein d'un système juridique. Car, pour qu'un régime spécial puisse se réclamer d'un système juridique, un lien ou une passerelle, aussi ténus soit-il, doit subsister entre eux. Autrement, si tout lien est rompu, le régime spécial devient un sous-système juridique suspendu dans le vide, une sorte de Frankenstein juridique ayant totalement échappé au contrôle de son créateur, tel l'ordre juridique des brigands de Kelsen, qui ne puise plus sa légitimité, ni la validité formelle de ses structures et de ses règles dans le système juridique d'où il provient ; sans pour autant pouvoir pallier totalement par lui-même ces éléments essentiels à tout système juridique.

Cela est vrai non seulement pour les normes, mais également pour les composantes institutionnelles du système juridique : les procédures et les mécanismes à travers lesquels le système remplit ses fonctions, y compris ses cours et tribunaux. La complexification crée un besoin pour des tribunaux spéciaux, afin de mieux accommoder la diversification et la spécialisation normatives. En même temps, elle génère un besoin parallèle, aussi important et exigeant, pour une perception commune des principes généraux du système juridique garantissant son intégrité et son unité ; perception partagée par tout l'éventail grandissant de tribunaux. Ce qui requiert, à son tour, une certaine connaissance mutuelle et harmonisation entre ces tribunaux ; en d'autres termes, leur corrélation en une sorte de constellation, aussi lâche soit-elle.

En droit interne, ce rôle est rempli par le « système judiciaire » qui encadre l'ensemble des organes juridictionnels, et dans lequel les rapports entre tribunaux sont clairement définis, que ce soit en termes de hiérarchie ou de division de travail (*ratione materiae, ratione personae* ou *ratione loci*), ainsi qu'entre les juridictions de compétence générale et les juridictions d'attribution.

Cette structure hiérarchique découle du fait que les tribunaux font partie de l'Etat, dépositaire de la souveraineté, au sens strict du droit interne de l'exercice exclusif du pouvoir et de la puissance publique vis-à-vis des sujets de ce droit, qui sont également les justiciables. En d'autres termes, les tribunaux sont porteurs d'une partie des pouvoirs de l'Etat, d'où leur désignation collectivement comme « le pouvoir judiciaire » ; leur habilitation (*empowerment*) ou pouvoir d'exercer la fonction juridictionnelle découlant ainsi « d'en haut » (*from above*), par rapport aux justiciables. Ce qui permet de les encadrer dans une structure répartissant les tâches et réglant les rapports entre les différents tribunaux : le « système judiciaire », qui fait partie de l'organisation plus large de l'Etat en général.

Rien de tel en droit international ; car, comme on l'a déjà vu, l'habilitation de tout organe à exercer la fonction juridictionnelle dérive d' « en bas » (*from below*), du consentement des justiciables eux-mêmes (de même pour les tribunaux créés par des organes compétents d'organisation internationales, dont l'habilitation repose en dernier lieu sur le consentement des Etats parties au traité constitutif de l'organisation). Chaque tribunal international constitue ainsi un système juridictionnel en soi, sans lien formel avec les autres tribunaux. En d'autres termes, il n'existe pas de « système judiciaire international ». Cela est un constat. Mais la question reste de savoir si un tel système peut exister.

3.2. *Quelques solutions proposées*

Cela nous ramène aux controverses qui se sont engagées dès le début des années 90 autour du thème de la « prolifération ». Il faut se rappeler cependant qu'une fois que la poussière commença à tomber, des voix se sont élevées, par exemple dans le Colloque organisé par la *New York University School of Law*, en 1998[8], pour dire que les risques liés à la multiplication des organes juridictionnels ne doivent pas être exagérés, et proposer des moyens de les minimiser, sinon les éliminer[9]. Essayons de répondre à la question posée ci-dessus, de la faisabilité d'un système juridictionnel international, en revisitant rapidement, les propositions qui ont été faites dans les conclusions générales de ce Colloque[10], avec le bénéfice de 15 ans de recul et d'expérience vécue.

Ces propositions visaient à favoriser l'émergence progressive de ce qui pourrait ressembler à un « système juridictionnel international », à travers le « processus

---

[8] Les travaux de ce Colloque, intitulé « The Proliferation of International Tribunals : Piecing Together the Puzzle », sont publiés dans le *NYU Journal of Law and Politics*, 31(4), 1999, 679-953.

[9] J. Charney, « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals », *NYU Journal of Law and Politics*, 31(4), 1999, 697-708; G. Abi-Saab, « Fragmentation or Unification : Some Concluding Remarks », *NYU Journal of Law and Politics*, 31(4), 1999, 919-930.

[10] *Ibid.*, 926-30.

cumulatif » qui caractérise l'évolution du droit international, dont la coutume est le plus visible, mais non l'unique exemple[11].

Cependant, ce processus ne peut bien fonctionner que si les acteurs juridiques pertinents – les Etats et les organisations internationales en tant que « créateurs » des tribunaux ou justiciables, et les tribunaux eux-mêmes une fois établis – soient conscients de son objectif et de ses exigences, et saisissent toutes les occasions qui leur soient offertes pour le diriger dans cette direction. Et c'est sur ce qui peut se faire à ces occasions que portaient les propositions mentionnées plus haut.

3.2.1. La voie hiérarchique

De telles occasions se présentent « en amont », au moment de la création du tribunal ; et c'est là que se situent plusieurs propositions. La première concerne les rapports entre l'arbitrage international (inter-étatique) et la CIJ. Elle part de l'exemple des deux recours introduits auprès de la CIJ contre des sentences arbitrales[12]. Ces recours ont pris la forme de nouvelles affaires portées devant la Cour sur la base d'un nouveau titre de compétence, indépendant du titre de compétence du tribunal arbitral qui a rendu la sentence. Cependant, la possibilité d'un tel recours peut être prévue dans le compromis (ou la clause compromissoire) à la base de l'arbitrage initial. Si l'utilisation d'une telle formule se généralise dans la pratique et dans les traités d'arbitrage, au point de devenir une clause de style, on pourrait s'approcher « par le bas » de la solution envisagée par le Professeur Georges Scelle dans son Projet (en tant que Rapporteur spécial de la CDI) de « Modèle de règles sur la procédure arbitrale » ; à savoir d'arrimer l'arbitrage en dernier ressort à la CIJ[13].

D'autres propositions visent les rapports plus importants encore entre la CIJ et les autres tribunaux internationaux. Elles s'inspirent de l'exemple des recours en appel auprès de la CPJI contre les sentences des Tribunaux Arbitraux Mixtes, établis conformément aux traités de paix après la Première mondiale[14] ; ainsi que les recours, prévus originairement auprès de la CIJ, contre les jugements des

---

[11] Pour un essai parallèle par l'auteur, arguant que de la même manière le droit international s'est doté d'un « processus législatif », en l'absence d'un « pouvoir législatif » centralisé ; voir G. Abi-Saab, « la coutume dans tous ses états, ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. 1, Milan, Giuffre, 1987, 53-65.

[12] Cour Internationale de Justice (CIJ), *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (*Honduras c. Nicaragua*), CIJ Recueil 1960, 192 ; CIJ, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989* (*Guinée Bissau- Sénégal*), CIJ Recueil 1991, 53.

[13] Voir *Annuaire de la Commission du Droit International, 1958*, vol. II, 83. Ce projet a rencontré une farouche opposition au sein de la CDI et de l'Assemblée générale des Nations Unies. Voir G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international,* 207, 1987-VII, 246.

[14] Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque* (*Université Peter Pazmany*), CPIJ série A/B no. 61

Tribunaux Administratifs des Nations Unies et de l'OIT, qui empruntaient maladroitement la forme de demande d'avis consultatif, et qui ont été abandonnés par la suite[15].

Etant donné qu'une bonne partie des nouveaux tribunaux sont créés au sein de la famille des Nations Unies, ou sous ses auspices, les statuts de ces tribunaux auraient pu établir un lien structurel entre eux et la CIJ, en prescrivant par exemple la possibilité de faire appel contre leurs jugements auprès de la CIJ (s'ils sont interétatiques), ou de demander des avis consultatifs (avec l'autorisation de l'Assemblée générale).

De telles demandes d'avis peuvent véhiculer des recours contre les décisions des tribunaux en question (avis à effet obligatoire selon le statut du tribunal, comme cela était le cas pour les tribunaux administratifs). Mais les demandes d'avis peuvent être faites *ex ante*, à titre préventif, à l'instar des recours « sur renvoi préjudiciel », en interprétation du droit européen (figurant originairement à l'article 177 du Traité de Rome). Selon cette proposition, le tribunal, face à une question préjudicielle qu'il doit trancher pour pouvoir décider l'affaire portée devant lui, peut référer cette question préjudicielle à la CIJ, par voie de demande d'avis consultatif, s'il s'agit de l'interprétation de la Charte, ou même d'une règle du droit international général qui dépasse le domaine de spécialisation du tribunal.

Toutes ces propositions se situent chronologiquement en amont (au stade législatif ou architectural), c'est-à-dire au moment de la création du tribunal. Elles relèvent d'une stratégie qui vise à intégrer progressivement les tribunaux agissant au plan international, dans une constellation à structure hiérarchique, avec la CIJ au faîte de cette structure.

Rétrospectivement, cette stratégie s'est révélée inopérante. Les mesures proposées n'ont pas trouvé d'écho dans la pratique. Il n'y a pas eu de nouvel exemple de recours prévu auprès de la CIJ. Et quand le statut d'un nouveau tribunal prévoit une procédure d'appel, cela se fait par l'établissement d'une chambre d'appel au sein du même tribunal plutôt que par un recours à la CIJ. Il en est ainsi dans tous les tribunaux pénaux internationaux, et même dans la refonte de la justice administrative de l'ONU (plutôt que par une demande d'avis consultatif, comme c'était le cas auparavant).

L'idée d'un recours préjudiciel d'interprétation (de la Charte ou du droit international général), n'a pas eu davantage de succès. Et même si elle avait été introduite dans le statut d'un tribunal ou un autre, il n'est pas sûr qu'un tel recours

(1933), 208. Voir également (bien que le recours ait été retiré avant que la Cour ne se prononce), CPIJ série A/B no 56 (1933), 162 (Ordre).

[15] Il est à noter que dans les deux cas, la possibilité d'appel (et la hiérarchie conséquente) était inscrite dans les statuts des « tribunaux inférieurs », et n'émanait pas du droit international général ou de la compétence inhérente (ou incidente) de la Cour internationale.

aurait été utilisé. C'est qu'un tribunal est par nature jaloux de son indépendance, notamment s'il fait partie d'un régime spécial à haut degré d'autonomie (accompagné parfois d'une prétention d'autarcie ou d'autosuffisance juridique). De plus, les positions de la CIJ ne fournissent pas toujours de quoi encourager un tel acte de soumission.

3.2.2. La voie horizontale

Mise à part la stratégie de saisir les occasions qui se présentent « en amont », lors de la création d'un nouveau tribunal, pour l'arrimer statutairement à la CIJ, d'autres occasions s'offrent « en aval » aux tribunaux eux-mêmes, une fois établis ; occasions qu'un second type de stratégie ou proposition visait à saisir. Mais là aussi, le tribunal doit être conscient des mutations que subit le système juridique dont il fait partie, notamment dans le domaine qui lui est propre, le champ juridictionnel ; et de l'attitude qu'il convient d'adopter pour mieux s'y adapter et en tirer parti. De telle sorte que, tout en restant totalement indépendant des autres tribunaux dans l'exercice de ses fonctions, un tribunal soit attentif à la présence (relativement récente) d'une multitude d'autres tribunaux dans son champ d'activité, et à l'impact de cette présence sur le champ en général et potentiellement sur son propre fonctionnement.

En d'autres termes, le tribunal doit percevoir le besoin de quelques règles de conduite au croisement des chemins des divers tribunaux, qui permettent leur évolution dans le même espace ; et agir en conséquence. Cela implique que chaque tribunal adopte les ajustements qu'il juge appropriés à cette fin – en forme d'affirmation ou de retenue, selon les cas – par rapport aux positions des autres tribunaux ; et cela tout en restant à l'intérieur ders limites de sa compétence et de la marge de discrétion dont il dispose.

Ainsi, les interactions entre les tribunaux, dans l'exercice respectif de leurs activités juridictionnelles, secrèteraient des modèles de comportement (*patterns of behaviour*) dans différents types de situations, qui tendent à se stabiliser et à constituer progressivement une structure qui s'approche de la conception d'un système juridictionnel ; sauf que cette structure, étant le produit dérivé des interactions des tribunaux eux-mêmes, emprunterait la forme horizontale d'un réseau coopératif entre partenaires formellement égaux et indépendants les uns des autres.

Comme on le verra plus loin, des indices glanés ici ou là révèlent que la seconde stratégie, contrairement à la première – probablement parce qu'elle est plus conforme à la structure classique du droit international – a de meilleures chances d'être suivie dans la pratique.

3.2.3. Un rôle potentiel pour la CIJ

L'émergence d'une telle structure serait grandement facilitée s'il y avait un catalyseur ou un pivot autour duquel elle peut se cristalliser. Dans l'état actuel des

choses, seule la CIJ peut jouer un tel rôle, à condition qu'elle accepte de le faire et qu'elle l'intègre comme un élément essentiel de sa « politique judiciaire » [16].

Pour pouvoir jouer ce rôle central, en l'absence de tout lien hiérarchique formel (sauf au sein du système institutionnel des Nations Unies, dont elle est « l'organe judiciaire principal »), la Cour doit se l'approprier (pour ne pas dire le conquérir) en démontrant aux autres organes juridictionnels, par ses positions et son action, qu'elle mérite leur reconnaissance comme *primus inter pares*, suivi non par obligation, mais par déférence, eu égard à son autorité intrinsèque et à la qualité de son raisonnement et de ses jugements. Cela implique que la Cour mette l'accent sur son rôle comme organe du système juridique, ayant pour fonction de « dire le droit » (*jurisdictio*), plutôt que d'agir (selon un certain concept de l'arbitrage) comme un simple mécanisme aux mains des parties, ayant pour unique but de résoudre leur différend, même au prix d'une « justice transactionnelle »[17]. Cela implique également que la Cour fasse montre de plus de hardiesse dans le traitement des problèmes difficiles ; et surtout de ne pas esquiver les tâches sensibles, tant qu'elles se situent clairement dans les limites de sa compétence, telles que : la qualification de certaines normes de *jus cogens*, et de certaines obligations d'*erga omnes* ; et le contrôle de la constitutionnalité de certains actes des organes de l'ONU, y compris le Conseil de Sécurité, dans l'exercice de sa compétence incidente, quand le sujet se présente devant elle en tant que question préjudicielle. Et en général de saisir toutes les opportunités d'interpréter et de donner corps aux règles et principes du droit international général, plutôt que de chercher à asseoir ses décisions sur la base juridique la plus étroite et de préférence la plus consensuelle.

Malheureusement, l'activité juridictionnelle de la Cour, ces dernières années (pour ne pas dire décennies), ne s'est pas révélée, à quelques exceptions près, à la hauteur de ces attentes. Ce qui ne veut pas dire qu'elle n'a joué aucun rôle, comme on le verra par la suite.

3.3. *L'épreuve du temps*

Quels sont précisément les dangers et les risque que représente le phénomène perçu soudainement, au cours des années 1990, et qui ont donné lieu au grand

---

[16] La notion de « politique judiciaire » n'est pas courante dans la littérature francophone. Voir, cependant, Abi-Saab, « De l'évolution de la Cour internationale », notamment la section intitulée « L'évolution de la politique judiciaire de la Cour », 281-295. Voir également (bien qu'en anglais) Pierre-Marie Dupuy, « The Judicial Policy of the International Court of Justice » in F. Salerno (ed.), *Il ruolo del giudici internazionale nell'evoluzione del diritto internazionale e comunitario*, Padova, CEDAM, 1995, 61-82.

[17] Sur la notion de « justice transactionnelle », voir Abi-Saab, « De l'évolution de la Cour internationale», notamment la section intitulée « Vers une arbitralisation de la Cour ? », 284-293.

débat sur la « prolifération » ? Dans quelle mesure se sont-ils matérialisés ? Y a-t-il eu depuis lors des efforts pour les éviter ou du moins les minimiser ?

3.3.1. Les dangers et les risques de la « prolifération »

Il s'agit des risques de conflits de compétence, de jugements et de jurisprudence ou d'interprétation. Les deux premiers types de conflit sont de moindre importance, car ils décrivent des disfonctionnements qui se situent au niveau du traitement dune espèce particulière. Pour y remédier différentes propositions font appel à des techniques et des notions empruntées au droit procédural interne ou au droit international privé, telle la litispendence, l'exception *res judicata*, la courtoisie ou *comity*, et le *forum non convenience*, tout en les adaptant au contexte international[18].

Mais le troisième type de conflit est autrement plus dangereux et délétère pour la sécurité juridique et l'intégrité du système juridique international ; car il porte, au-delà des confins de l'espèce, sur le sens général de la règle du droit, particulièrement quand il s'agit des règles du droit international général[19].

Par ailleurs, la « nécessité [de] maintenir l'unité d'interprétation des règles fondamentales du droit international », constitue l'un des axes majeurs de l'œuvre du dédicataire de ces Mélanges, et plus particulièrement de son excellent Cours général à l'Académie du droit international sur « L'unité de l'ordre juridique international »[20].

On aurait pu croire que malgré l'accroissement de l'activité juridictionnelle internationale, en grande partie en raison de la multiplication des régimes spéciaux comportant leurs propres tribunaux, de tels conflits d'interprétation pourraient être évités si chacun se tenait dans les confins de sa spécialité normative et institutionnelle. Mais cela n'est malheureusement pas le cas.

En premier lieu, entre les régimes spéciaux et le droit international général, il n'y a pas de frontières étanches ; car, comme on l'a déjà vu, tout régime spécial, aussi autonome soit-il, participe (et dépend), dans une grande ou moindre

---

[18] Pour une discussion intéressante sur ces techniques, voir A. Gattini, « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *Revue Générale de Droit International Public*, 110(2), 2006, 303-336.

[19] Ce risque surgit particulièrement lorsque des tribunaux spécialisés entreprennent d'interpréter les règles de droit international général. Car ils peuvent être tentés (c'est ce que les économistes appellent *a moral hazard*) de détourner le sens de ces règles, pour mieux servir les intérêts particuliers des groupes d'Etats qui les ont créés ou les membres dominants de ces groupes, ou même d'autres intérêts corporatistes (comme cela se profile parfois dans le contentieux des investissements).

[20] P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 470. Voir, pour ses analyses fines et percutantes de la problématique générale de la « Multiplication des juridictions internationales », *ibid.*, 460-478.

mesure, du droit international général. De même pour ce qui est de la délimitation entre les régimes spéciaux, qui peut être aussi artificielle et arbitraire que celle des frontières entre Etats ; ce qui n'exclut pas le chevauchement. De telle sorte qu'un différend, selon l'angle duquel on l'envisage, peut relever de l'un ou l'autre régime spécial (par exemple de l'OMC ou de l'ALENA).

3.3.2. Dans quelle mesure ces dangers et ces risques se sont-ils matérialisés ?

Comme il l'a été mentionné, en 1998 déjà, au Colloque de la NYU, des voix se sont élevées, surtout celle de Jonathan Charney[21] pour dire qu'il ne faut pas exagérer ces dangers et que ceux-ci ne constituent pas une menace réelle pour le droit international. Charney, dans un cours magistral donné la même année à l'Académie de droit international de La Haye[22], sillonne les différents domaines du droit international (traités, autres sources, responsabilité, nationalité, délimitations maritimes, etc.) pour recenser les décisions des différents tribunaux dans ces domaines. Il arrive à la conclusion, par une démonstration minutieuse, que dans la très grande majorité des cas, ces décisions reflètent une vision ou une perception commune et cohérente du droit international ; et que, même quand il y a divergence, cela représente une compétition saine dans la recherche des meilleures solutions, ce qui aide à faire progresser le droit.

Les conclusions de Charney, portant jugement plutôt favorable au phénomène de multiplication des juridictions internationales, ont été endossées par les auteurs qui se sont penchés sur la question par la suite, en couvrant la pratique depuis 1998, tels M. Koskeniemi et P. Laino en 2002[23], et Bruno Simma en 2009[24].

En effet, depuis 1998, les risques tant décriés de la « prolifération » ne sont pas matérialisés de manière significative, malgré certains cas d'interprétations contradictoires (dont le plus paradigmatique est discuté ci-dessous), s'avérant être des nuisances mineures plutôt q'un danger majeur.

---

[21] Voir note 9 ci-dessus.

[22] J. Charney, « Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals ? », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 270, 1998, 115-382.

[23] M. Koskenniemi & P. Leino, « Fragmentation of International Law : Postmodern Anxieties », *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, 553-579. Il est paradoxal que ces auteurs, membres de l'école critique, qui ne croient pas à l'existence d'un « système » de droit international, et donc à une quelconque unité à protéger, et qui mettent l'accent sur les contradictions et le droit de chaque tribunal d'aller de son chemin, au service de ceux qui l'ont créé, arrivent à la même conclusion que Charney, qui procède de la prémisse de l'existence du droit international et de l'importance de préserver son unité.

[24] B. Simma, « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *European Journal of International Law*, 20(2), 2009, 265-297.

Ainsi, Bruno Simma, dans l'article sus-mentionné, après avoir recensé les cas de divergence, observe que les cas de convergence sont beaucoup plus nombreux[25] ; citant une étude de Nathan Miller, de 2002, selon laquelle « par une marge de 173 à 11, les tribunaux sont plus enclins à faire référence à leurs jurisprudences respectives de manière positive ou neutre plutôt qu'en se différentiant de l'autre ou en le contredisant »[26]. Et Simma conclut « Ainsi, plutôt que de miner l'unité du droit international, la fréquente référence croisée entre tribunaux internationaux, a contribué à son renforcement et à sa plus grande cohérence »[27].

3.4. *Un cas paradigmatique de conflit d'interprétation*

Il convient de nous arrêter un moment au cas de contradiction d'interprétation qui a attiré le plus l'attention, et qui s'est joué en trois temps. Il s'agit du critère d'attribution de la responsabilité pour actes illicites de groupes armés à un Etat dont ils ne relèvent pas formellement.

Dans l'affaire *Nicaragua* (Fond), en 1986, cette question s'est posée à la CIJ, pour savoir si les actes illicites des *contras* pouvaient être attribués aux Etats-Unis, dont dépendait largement cette guérilla (financement, approvisionnement, entraînement, armement, planification des opérations, sélection des objectifs militaires, etc.). La Cour a considéré que ce *contrôle général* ne suffisait pourtant pas ; et que pour attribuer la responsabilité aux Etats-Unis « il devrait en principe être établi qu'ils avaient le *contrôle effectif* des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites »[28].

Dans l'affaire *Tadic* (Fond), en 1999, la même question s'est posée devant la Chambre d'appel du TPIY pour savoir si les actes des Forces serbes de Bosnie pouvaient être attribués à la République Fédérative de la Yougoslavie, ce qui internationaliserait le conflit armé en Bosnie, et entraînerait l'application de la Troisième Convention de Genève (sur les prisonniers de guerre). Le Procureur soutenait qu'il convenait de différentier le critère d'attribution de la responsabilité de l'Etat de celui d'attribution de la responsabilité pénale individuelle, et que pour ce dernier, le « contrôle général » suffirait. La Chambre d'appel a rejeté cette interprétation, considérant que le droit humanitaire ne fournissait pas de critère spécial d'attribution (en tant que *lex specialis*), et qu'il fallait appliquer la règle générale. Elle a entrepris par la suite une longue analyse de la question,

---

[25] *Ibid.*, 279-282.

[26] N. Miller, « An International Jurisprudence ? The Operation of 'Precedent' Across International Tribunals », *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, 483, à la page 495 : « . . . by a margin of 173 to 11, tribunals are much more likely to refer to one another in a positive or neutral way than to distinguish or overrule ».

[27] Simma, « Universality of International Law », 283 : « Rather than damaging the unity of international law, frequent cross-referencing between international courts has thus contributed to its strengthening and greater coherence ».

[28] CIJ Recueil 1986, 14, para. 115.

pour arriver à la conclusion que le critère d'attribution de responsabilité en droit international général est le « contrôle global » et non pas le « contrôle effectif », comme l'a interprété la CIJ[29]. Il est clair que la Chambre d'Appel a cherché la confrontation, car elle avait les moyens interprétatifs de la contourner, comme a tenté de le faire le Procureur.

La question s'est posée à nouveau à la CIJ en 2007, dans l'affaire de *L'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie de Montenegro*)[30]. Cette affaire est de grand intérêt pour notre sujet, et cela à plusieurs égards. En premier lieu, pour la première fois la CIJ – dépourvue des moyens d'investigation pour vérifier les faits prouvant l'occurrence du génocide – a dû dépendre entièrement des constatations de fait et de leur qualification juridique opérées par le TPIY, pour établir qu'il y a eu génocide à Srebrenica. E cela, sans invoquer, ou même pouvoir invoquer, le principe de la *res judicata*, les conditions de son application (les trois identités) n'étant pas remplies en l'espèce.

La CIJ admet ainsi qu'il y a, ou qu'il peut y avoir, une répartition des rôles et une interdépendance dans leur fonctionnement entre différentes juridictions internationales, hormis des arrangements statutaires ou formels.

En deuxième lieu, l'affaire fournit à la Cour l'occasion de revisiter la question d'attribution de responsabilité et de répondre aux critiques du TPIY ; ce qui ne nous intéresse pas en soi ici, mais en tant que nouveau style de dialogue (ou de dialectique) entre juridictions internationales. Et surtout, en troisième lieu, la Cour saisit cette occasion pour proposer quelques directives afin d'éviter de telles collisions à l'avenir.

La question du critère d'attribution s'est posée à propos de l'attribution du génocide commis à Srebrenica par les forces serbes de Bosnie à la Serbie et Monténégro.

Rappelant sa conclusion dans l'affaire du *Nicaragua*, la Cour ajoute qu' « en l'absence d'une *lex specialis* expresse », (concernant le crime de génocide), il n'y a rien qui justifie qu'elle s'en écarte[31].

La Cour s'adresse par la suite aux arguments de l'arrêt *Tadic* du TPIY, observant que la juridiction du Tribunal « étant de nature pénale, ne s'exerc[e] qu'à l'égard des individus ». Elle ajoute :

> [L]a Cour attache la plus haute importance aux constatations de fait et aux qualifications juridiques auxquelles procède le TPIY afin de statuer sur la responsabilité pénale des accusés qui lui sont déférés et, dans la présente affaire, tient le plus grand compte des jugements et arrêts du TPIY se rapportant aux événements qui forment la trame du différent. La situation n'est pas la même en ce qui concerne les positions

---

29 Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Arrêt du 15 juillet 1999, (Ch. d'Appel), paras. 88-145.

30 CIJ Recueil 2007, 43.

31 *Ibid.*, paras. 399-401.

> adoptées par le TPIY sur des questions de droit international général qui n'entrent pas dans son domaine spécifique de compétence, et dont la résolution n'est d'ailleurs pas toujours nécessaire au jugement des affaires pénales qui lui sont soumises[32].

La Cour offre une porte de sortie, en suggérant qu' « il se peut » que le critère du « contrôle global » « soir pertinent et adéquat » pour « déterminer si un conflit armé présente ou non un caractère international, ce qui était la seule question que la chambre d'appel avait à résoudre ». Mais il ne l'est pas aux fins de l'attribution de la responsabilité internationale à un Etat[33]. Elle ajoute « qu'aucune nécessité logique ne conduit à adopter forcément le même critère pour résoudre les deux questions . . . qui sont d'une nature très différente »[34].

La Cour conclut en expliquant les raisons pour lesquelles elle considère que le critère du « contrôle global » est inadéquat pour établir la responsabilité internationale de l'Etat[35].

4. En guise de conclusion : Vers un système juridictionnel international en forme de réseau

L'arrêt de la CIJ de 2007 marque un tournant dans sa politique judiciaire concernant ses rapports avec les autres juridictions internationales, pour les raisons déjà mentionnées. Il suit une période de crispation, caractérisée par une mise en garde réitérée à la tribune de l'Assemblée générale des Nations Unies par deux Présidents successifs de la Cour, en 1999, 2000 et 2001, contre les dangers de la « prolifération », et leur suggestion d'introduire un recours préjudiciel en interprétation par les divers tribunaux auprès de la CIJ, comme un moyen, inter alia, d'en atténuer les risques[36].

Cet arrêt de 2007 témoigne en revanche, de la part de la Cour, d'une volonté d'écoute, de dialogue et d'ouverture vers les autres tribunaux dans la recherche des solutions aux problèmes qui leur sont communs, tout en restant ferme sur ses positions de principe. Que s'est-il passé entre temps qui peut expliquer ce changement d'attitude ?

La réponse est simplement l'écoulement du temps, qui a permis à la CIJ, comme aux autres tribunaux de s'habituer à la cohabitation et de chercher à s'y adapter. Ainsi, la Cour surmonte sa réaction défensive initiale – de préserver sa

---

[32] *Ibid.*, para. 403.
[33] *Ibid.*, para. 404.
[34] *Ibid.*, para. 405.
[35] *Ibid.*, para. 406.
[36] Président Schwebel en 1999, in CIJ, *Annuaire 1999-2000*, 320 ; Président Guillaume, en 2000, in CIJ, *Annuaire 2000-2001*, 324, et en 2001, in CIJ, *Annuaire 2001-2002*, 312. Koskenniemi et Leino, dans l'article précité (*supra* note 23), interprètent cette prise de position comme une lutte d'arrière-garde que mène la Cour pour se voir reconnaître une « hégémonie institutionnelle » sur les autres tribunaux *via* ce recours.

position centrale, pour ne pas dire supérieure, héritage du temps où elle était seule au firmament[37] – en reconnaissant l'utilité et la complémentarité des autres tribunaux, par son utilisation, dans son arrêt de 2007, des constatations du TPIY concernant le génocide à Srebrenica. D'autre part, les autres tribunaux surmontent petit à petit leur attitude initiale de nouveaux venus, affirmant par trop leur indépendance et leur égalité formelle vis-à-vis de la Cour ; et cela en puisant largement dans l'acquis de la Cour (en expérience et en jurisprudence), comme le démontrent abondamment leurs Règlements et leurs décisions.

En plus, dès le début de ce siècle, des rencontres se sont multipliées, rassemblant des juges des différentes juridictions, sous auspices académiques ou à l'invitation de la Cour ou de l'un ou l'autre tribunal, engageant ainsi, au plan interpersonnel, le « dialogue judiciaire » (*inter-judicial dialogue*), prôné en 1998 déjà par Jonathan Charney ; dialogue dans lequel la Cour, pour la première fois, dans son arrêt de 2007, a accepté de s'engager au plan interinstitutionnel.

Quel type de modèles de comportement (*patterns of conduct*) peut-il émerger de ce dialogue judiciaire ? Peut-il ressembler ou fonctionner comme un système juridictionnel international ?

De toute évidence, il ne peut ressembler, en structure, aux systèmes judiciaires internes, car il ne sera pas hiérarchique avec un sommet obligé qui tranche les conflits d'interprétation en dernière instance. Mais il ne faut pas oublier que même dans les systèmes internes, des différences d'interprétation persistent parfois pour très longtemps, notamment dans les Etats fédéraux.

Il serait plutôt un système à structure souple (*soft*)[38], imposant aux tribunaux une obligation de diligence (*due diligence*), qui impliquerait que chaque tribunal :

- tout en restant dans les confins de son mandat et en interprétant le droit de la manière qu'il considère appropriée, enlève ses œillères et s'informe et prenne en considération ce que les autres tribunaux ont dit à propos de la question de droit pendante devant lui ;
- garde en vue la valeur de l'unité d'interprétation du droit international ; et à cette fin
- emploie la panoplie des moyens interprétatifs à sa disposition (tels ceux recensés dans le rapport de la CDI sur la fragmentation du droit international) pour résoudre les conflits potentiels d'interprétation ; mais s'il n'arrive pas à le faire

---

[37] Voir le rappel feutré de Sir Robert Jennings en tant que Président de la CIJ, lancé de la tribune de l'Assemblée générale des Nations Unies, déjà en octobre 1993, à la veille de la constitution du TPIY : « il ne peut y avoir qu'un organe judiciaire principal de l'ONU, à la même façon qu'il n'y a, normalement, qu'une cour suprême dans une communauté ordonnée sur le plan juridique ; cette position de la CIJ doit toujours être rappelée et protégée à tout prix ». (CIJ, *Annuaire 1993-1994*, 219.)

[38] Voir note 11 ci-dessus, pour le processus législatif *soft* du droit international, parallèle à ce qui est suggéré ici.

- essaye de différentier (*distinguish*) le cas devant lui des autres qui ont donné lieu à des interprétations différentes ; et enfin, s'il n'arrive pas à différentier, mais reste convaincu de la justesse de son interprétation plutôt que de celle de l'autre ou des autres tribunaux,
- expose son raisonnement juridique en détail et pourquoi il le considère plus juste que celui de l'autre tribunal, tout donnant à celui-ci l'attention qu'il mérite. Car en fin de compte, c'est de la bonne confrontation des idées que peut jaillir le progrès du droit. Après tout les arrêts et avis consultatifs de la CIJ comportent des opinions dissidentes qui préfigurent parfois des avancées significatives du droit.

C'est dans ce même esprit que Dame Rosalyn Higgins, conclut une conférence qu'elle a donnée en mars 2006, un mois à peine après son élection à la Présidence de la CIJ avec ceci :

> We judges are going to have to learn how to live in this new, complex world, and to regard it as an opportunity rather than a problem : We must read each other's judgments. We must have respect for each other's judicial work. We must try to preserve unity among us unless context really prevents this[39].

En fin de compte, l'imposant débat sur la « prolifération », malgré les exagérations de certains propos, aura eu le mérite d'avoir suscité une large prise de conscience de la complexité croissante de l'exercice de la fonction juridictionnelle internationale ; complexité issue non seulement de la multiplication quantitative, mais également de la grande variété qualitative des organes[40]. Ce qui nous ramène à la « complexification-conscience », définition de l'évolution selon Teilhard de Chardin.

---

[39] R. Higgins, « A Babel of Judicial Voices ? Ruminations from the Bench », *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 2006, 791-804.

[40] Mais il s'agit là d'une autre histoire qu'il n'y a pas lieu malheureusement d'entamer ici.

CHAPITRE DIX-SEPT

LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL COMME AGENT DE FORMALISATION DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ : MODALITÉS ET SIGNIFICATIONS DE L'UTILISATION D'ARBITRAGES PARTIELLEMENT DÉTACHÉS DU DROIT POSITIF

Olivier Corten et Pierre Klein*

Dans son cours dispensé à l'Académie de La Haye en 2000, Pierre-Marie Dupuy insiste, au-delà du phénomène de fragmentation qui résulte d'une diversification de ses champs d'application, sur l'unité de l'ordre juridique international. Dans son introduction, il estime que :

> le droit international, comme les autres, est d'abord une technique de régulation sociale, volontairement formalisée pour des raisons d'efficacité, de fiabilité ; de sécurité, ce que l'on appelle précisément la 'sécurité juridique'[1].

Citant en note de bas de page une étude de David Kennedy, Pierre-Marie Dupuy écrit ainsi que l'enseignement du droit international passe par

> la transmission d'une certaine technique, également formalisée, dont on a peut-être trop tendance, notamment de l'autre côté de l'Atlantique, à croire qu'on peut en économiser la maîtrise en taxant ceux qui s'efforcent de la posséder de 'formalisme'[2].

Au-delà de la variété des règles substantielles qui le composent et des « engagements partiellement contradictoires résultant de systèmes de droits spéciaux toujours plus perfectionnés »[3], le droit international est ainsi présenté dans son unité formelle[4].

Dans son cours de La Haye, le dédicataire des présents mélanges semble ainsi exprimer ses réticences face à la thèse de la « déformalisation » du droit international. Selon cette thèse, défendue notamment aux Etats-Unis, la formalisation,

* Professeurs à l'Université Libre de Bruxelles, Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international.

1 P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 26.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*, 479.

4 *Ibid.*, 119ss.

c'est-à-dire à la fois l'organisation et la systématisation des règles juridiques en un ensemble cohérent et leur séparation avec des considérations morales ou politiques[5], aurait connu son apogée à la fin du XIX^{ème} siècle. Par la suite, et en particulier après la deuxième guerre mondiale, le droit international aurait davantage été caractérisé par un mouvement de « déformalisation » : complexification et incohérences entre réglementations spécifiques et, surtout, prise en compte croissante de la politique et de la morale dans l'application du droit. En 2006, David Kennedy écrivait ainsi que :

> For a century, law – and particularly international law – has been in revolt against formalism, and has sought in every possible way to become a practical vocabulary for politics. The revolt has been successful[6].

Cette idée a été exprimée par d'autres, dans des formules telles que « Politics of Deformalization of International Law », politique qui serait à l'œuvre depuis plusieurs décennies[7]. Cette « déformalisation » est dénoncée par certains, qui ont exprimé la crainte du développement d'une « normativité relative »[8] ; elle est louée par d'autres, au nom de la nécessité de mettre en œuvre une « *policy-oriented jurisprudence* »[9]. Mais, qu'on le regrette ou qu'on l'encourage, le mouvement semble admis par bon nombre d'auteurs.

Un tel débat, dont les soubassements renvoient à une réflexion théorique qui s'est développée à propos du droit interne[10], ouvre de multiples questionnements dans le domaine du droit international public. On peut ainsi se demander si cette déformalisation se reflète dans des domaines juridiques particuliers, comme le droit de la guerre[11], ou plutôt s'interroger sur son influence sur certains acteurs,

---

[5] Pour plus de détails, v. O. Corten, « La persistance de l'argument légaliste », in O. Corten, *Le discours du droit international. Pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009, 45-68.

[6] D. Kennedy, *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006, 45.

[7] J. d'Aspremont, « The Politics of Deformalization of International Law », *Goettingen Journal of International Law*, 2(3), 2011, 503-550.

[8] P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? », *Revue Générale de Droit International Public*, 86, 1982, 5-47.

[9] S. Wiessner & A.R. Willard, « Policy-Oriented Jurisprudence and Human Rights Abuses in International Conflict : Toward a World Public Order of Human Dignity », in S.R. Ratner & A.M. Slaughter (eds.), *The Methods of International Law*, New York, American Society of International Law, 2006, 51ss.

[10] V. notamment J. Habermas, *Droit et morale*, Paris, Seuil, 1997, ainsi que F. Ost & M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

[11] O. Corten, « Les ambiguïtés de la référence au droit international comme facteur de légitimation. Portée et signification d'une déformalisation du discours légaliste », in Corten, *Le discours du droit international*, 105-138 ; du même auteur, « Formalization and Deformalization as Narratives of the Law of War », *New Approaches to International Law: Lessons from the European experience*, Madrid, CEU, San Pablo Universidad, 11 déc. 2010.

comme la Cour internationale de Justice (CIJ)[12]. C'est dans cette dernière perspective que nous avons choisi de nous situer, en nous interrogeant sur la pertinence de cette thèse par rapport aux travaux de la Commission du droit international (CDI)[13]. Plus spécifiquement, nous nous sommes intéressés à la matière de la responsabilité internationale, dont Pierre-Marie Dupuy est également un spécialiste reconnu[14]. La question générale que nous nous sommes posée est donc la suivante : dans quelle mesure l'élaboration des articles de la CDI sur la responsabilité internationale des Etats, qui est intervenue essentiellement pendant la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, illustre-t-elle un mouvement de déformalisation ? Notre hypothèse de départ, nourrie en partie des réflexions tirées du cours général évoqué ci-dessus, se caractérise par le scepticisme. La tonalité générale des rapports de la Commission, ainsi que la méthode qu'elle a suivie, nous paraissent en effet *a priori* plutôt marquées par le maintien d'un certain positivisme formaliste. Sur le fond, cette impression résulte de l'échec de notions qui auraient pu être perçues comme un signe d'une certaine déformalisation du droit international, comme celle de « crime » ou de « faute »[15]. A première vue, la confrontation de la thèse de la déformalisation avec les travaux de la Commission sur la responsabilité internationale apparaît donc problématique.

Au-delà de ces premières impressions, nous avons focalisé notre attention sur la manière dont la Commission a invoqué la jurisprudence antérieure à la deuxième guerre mondiale – et, pour l'essentiel, antérieure à 1930, date de la première grande tentative de codification du droit de la responsabilité sous l'égide de la Société des Nations[16]. Nous nous sommes plus spécialement concentrés

---

[12] O. Corten, « La thèse de la déformalisation du droit international et ses limites : l'exemple de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *L'Observateur des Nations Unies*, 30, 2011.

[13] On se limitera au domaine de la responsabilité internationale, mais l'on pourrait aussi étudier en ce sens d'autres volets des travaux de la Commission, et notamment ses travaux sur la « fragmentation » du droit international, qui ont débouché sur des conclusions assimilant le droit international à un système juridique ; v. notamment *Conclusions du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international: Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, UN doc. A/CN.4/L.682, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 2006, vol. II (2e partie), et disponibles sur le site internet de la Commission à l'adresse : http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm.

[14] V. entre autres son premier cours à La Haye ; P.-M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 188, 1984-V, 9-133, ainsi que P.-M. Dupuy (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003.

[15] V. notamment J. Crawford, « International Crimes of States » in J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 405-414.

[16] V. le texte des articles adoptés en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence de codification du droit international (La Haye, 1930), UN Doc. A/CN.4/96, annexe 3, reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du Droit International*, 1956, vol. II, 226.

sur le projet adopté en première lecture[17], ainsi que sur les articles adoptés en 2001[18]. En parcourant les commentaires des dispositions concernées, nous avons sélectionné un échantillon d'une trentaine de précédents, cités surtout dans les parties du projet consacrées à l'attribution de l'acte illicite, d'une part, et aux circonstances excluant l'illicéité, d'autre part. En consultant chacune de ces décisions et sentences arbitrales, il s'est avéré qu'elles reposaient souvent sur un droit applicable qui ne pouvait être réduit au droit positif (1), et que les membres des tribunaux arbitraux et des commissions de réclamations y développaient un raisonnement qui s'en émancipait en partie (2). Nous nous sommes alors interrogés sur les conséquences que l'on pouvait déduire de ce constat par rapport à la thèse de la déformalisation du droit international. A notre sens, en citant ces précédents et en les associant à d'autres (souvent plus récents) qui expriment en revanche clairement des énoncés de droit positif, la Commission nous semble plutôt s'inscrire dans un mouvement de formalisation de l'ordre juridique international (3). Dans la dernière étape de notre raisonnement, nous tenterons d'évoquer des pistes susceptibles expliquer la prégnance de ce modèle formaliste. A ce stade, nous verrons que la volonté de formalisation qui caractérise les travaux de la Commission du droit international peut être mise en relation avec son souci de fonder et de légitimer l'ordre juridique international dans son ensemble (4). Ainsi, tout en développant une approche critique du droit existant s'émancipant du modèle formaliste[19], nous insisterons sur la prégnance de ce modèle dans le droit international contemporain : la thèse de la déformalisation est loin, en tout cas, de se refléter dans la manière dont sont utilisés d'anciens arbitrages dans les travaux de la Commission sur la responsabilité.

1. La référence à des arbitrages non exclusivement fondés sur le droit positif

Dans ses rapports sur la responsabilité des Etats adoptés en première puis en deuxième lecture, la Commission cite des précédents variés, qui vont de la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle à la fin du XX^{ème} siècle. Ces décisions permettent

---

[17] *Projet d'articles sur la responsabilité des Etats et commentaires y relatifs adoptés par la Commission du droit international en première lecture*, compilation du secrétariat, janvier 1997, ILC (XLIX)/Informal/1, GE.97-60923. Nous citerons plus précisément les extraits pertinents de l'*Annuaire de la Commission du Droit International.*

[18] *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 2001, vol. II (2^{e} partie), (ci-après « CDI, 2001 »).

[19] Les deux premières parties de la présente étude relèvent davantage d'une théorie analytique du droit international, alors que les deux dernières mettent en œuvre une approche plus critique ; v. O. Corten, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2009, 24ss. et 59ss.

à la Commission de présenter l'essentiel de son projet d'articles comme codifiant une coutume bien établie en droit international, ce qui suggère qu'elles ont été rendues sur la base du droit positif. Mais, si on s'arrête aux précédents antérieurs à la deuxième guerre mondiale, peut-on réellement conclure en ce sens ? Pour répondre à cette question, il faut analyser les traités qui ont servi de base à l'établissement des tribunaux arbitraux ou commissions de réclamations concernés, afin de déterminer quel était le droit applicable sur lequel reposent les décisions concernées. Or, en consultant ces textes, on remarque que le droit international positif est loin de constituer la seule base sur laquelle ces arbitrages ont été rendus. Dans un grand nombre de cas, les arbitres ou commissaires jouissaient d'une large latitude et pouvaient fonder leurs décisions sur des motifs que l'on peut qualifier d' « extra-juridiques ». Plusieurs cas de figure peuvent être distingués, en allant d'une référence relativement classique au droit international jusqu'à une absence totale d'éléments limitant la compétence des arbitres ou commissaires.

Tout d'abord, on peut évoquer certaines affaires citées par la Commission, comme les affaires *Savarkar* (1911)[20] ou de l'*Indemnité russe* (1912)[21], qui reposent clairement sur le droit international. Dans le premier cas, l'article premier du compromis du 25 octobre 1910 se lisait comme suit : « Should Vinayak Damodar Savarkar, *in conformity with the rules of international law*, be restored or not be restored by His Britannic Majesty's Government to the Government of the French Republic? »[22]. Dans le second, la question soumise au tribunal était de savoir si l'Empire ottoman était tenu de payer aux indemnitaires russes des dommages – intérêts « en exécution de l'article 5 du traité du 27 janvier/8 février 1879, ainsi que du Protocole de même date »[23], le tribunal précisant ensuite que :

> Les rapports de droit qui font l'objet du présent litige étant intervenus entre Etats Puissances publiques sujets du droit international et ces rapports rentrant dans le domaine du droit public, *le droit applicable est le droit international public* soit droit des gens et les Parties sont avec raison d'accord sur ce point[24].

---

[20] Citée dans CDI, 2001, 187, para. 8. Nous ne reproduisons pas, à ce stade, la référence exacte de chacune des affaires, référence que l'on mentionnera dans la deuxième partie de la présente étude, consacrée aux modalités des raisonnements effectivement tenus par les arbitres ou commissaires.

[21] Citée dans l'*Annuaire de la Commission du Droit International*, 1979, vol. II (2e partie), 123, para. 9 et l'*Annuaire de la Commission du Droit International*, 1980, vol. II (2e partie), 35, para. 7.

[22] Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), *Savarkar* (*France c. Grande Bretagne*), 1911, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XI, 249 (nous soulignons).

[23] CPA, *Affaire des indemnités russes, Dommage-intérêts réclamés par la Russie pour retard apporté dans le paiement des indemnités dues aux particuliers russes lésés par la guerre de 1877-1878* (*Empire Russe c. Empire Ottoman*), 1912, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XI, 431.

[24] Nous soulignons ; *ibid.*, 439, para. 3.

Dans les deux cas, le tribunal avait été institué dans le cadre de la Cour permanente d'arbitrage, établie conformément à la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux du 18 octobre 1907, dont l'article 37 dispose que « [l]'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les Etats par des juges de leur choix et *sur la base du respect du droit* »[25]. Ce premier cas de figure semble donc relativement classique si on le met en rapport des précédents plus récents, comme la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Il faut cependant signaler qu'il ne concerne qu'un nombre réduit d'affaires anciennes, lesquelles paraissent davantage illustrer d'autres hypothèses qui seront détaillées ci-dessous, et qui témoignent d'une place de plus en plus limitée, voire inexistante, pour les dernières d'entre elles, du droit international positif.

Deuxièmement, en effet, on peut évoquer l'hypothèse où le droit international constitue un cadre de référence, mais qui est présenté comme subsidiaire, comme dans l'affaire du *Raid de Saint-Albans* (1873), citée à son appui par la Commission du droit international[26]. Cette décision a été rendue en vertu de l'article VI du traité conclu entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis en date du 8 mai 1871 pour le règlement amiable de l'ensemble des différends existants entre ces deux Etats, selon lequel :

> In deciding the matters submitted to the Arbitrators they shall be governed by the following 3 rules, which are agreed upon by the High Contracting Parties as applicable to the cases, *and by such principles of international law not inconsistent therewith* as the Arbitrators shall determine to have been applicable to the case [...][27].

Cette disposition énonce ensuite trois règles de fond, en vertu desquelles les gouvernements neutres sont tenus de faire preuve de *due diligence* pour éviter que se développent, dans des lieux qui relèvent de leur contrôle, des activités qui contribueraient à soutenir un Etat belligérant. En d'autres termes, c'est avant tout sur la base de ces trois règles de comportement que les arbitres sont appelés à évaluer la licéité des faits qui leur sont soumis, les autres principes de droit international ne pouvant être invoqués que comme base complémentaire de la décision, à la condition qu'ils n'entrent pas en contradiction avec les trois règles précitées. La portée de cette affaire s'en trouve donc singulièrement limitée.

---

[25] Nous soulignons. La Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux du 29 juillet 1899 énonçait déjà en son article 48 que « Le Tribunal est autorisé à déterminer sa compétence en interprétant le compromis ainsi que les autres traités qui peuvent être invoqués dans la matière, et en appliquant les principes du droit international ». V. le texte de ces conventions sur le site internet de la Cour permanente d'arbitrage disponible à l'adresse suivante : http://www.pca-cpa.org.

[26] *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1979, vol. II (2e partie), 144, para. 27 et CDI, 2001, 199, note 376.

[27] Nous soulignons ; Traité de Washington, 8 mai 1871, 143 *CTS*, 149.

En troisième lieu, la Commission utilise certains arbitrages qui reposent sur une combinaison aux modalités indéfinies entre le droit international, d'une part, et d'autres considérations qui semblent davantage renvoyer à la morale, d'autre part. En témoignent par exemple les affaires *Janes* (1926)[28], *Quintanilla* (1926)[29], *Youmans* (1926)[30], *Mallen* (1927)[31], *Venable* (1927)[32], ou *Tribolet* (1930)[33], rendues sur la base de l'article premier de l'accord du 8 septembre 1923 portant création de la Commission générale des réclamations entre les Etats-Unis et le Mexique, article qui disposait que les réclamations seraient soumises à une commission de trois membres « for decision in accordance with the principles of *international law, justice and equity* »[34]. Au vu de ces termes, il est difficile de considérer les précédents concernés comme reposant exclusivement sur le droit international positif.

En quatrième lieu, on relève plusieurs affaires citées dans les travaux de la Commission qui s'appuient sur des clauses dans lesquelles le droit international n'est même pas mentionné, les instruments pertinents évoquant d'autres cadres de référence. On peut citer en ce sens :

– les affaires *Prats* (1868)[35], *Moses* (1871)[36], *Lovett* (1892)[37], et *Castelain* (1880)[38], rendues respectivement en vertu de l'article premier de la Convention de réclamations conclue entre les Etats-Unis et le Mexique en date du 4 juillet 1868 (pour les deux premières), de l'article IV de la Convention de réclamations conclue entre les Etats-Unis et le Chili, et de l'article IV de la Convention de réclamations entre la France et les Etats-Unis du 15 janvier 1880, en vertu desquels les commissaires devront « make and suscribe a solemn declaration that they will impartially and carefully examine and decide, to the best of their judgment, and *according to*

---

28 Citée par la Commission dans CDI 2001, 93, note 122 et 84, note 99 respectivement.
29 Citée dans CDI 2001, 93, note 122.
30 Citée dans *ibid.* ainsi que 107, note 144.
31 *Ibid.*, ainsi que 96, para. 13 et 107, note 154.
32 Citée dans CDI 2001, 93, note 122.
33 Toutes citées dans CDI 2001, 93, note 122.
34 Nous soulignons ; texte dans *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. IV, 12. V. aussi l'article II de la convention, en vertu duquel chaque arbitre prêtera serment en formulant une déclaration solennelle par laquelle il « will carefully and impartially examine and decide, according to the best of his judgment and in accordance with the principles of international law, justice and equity » (*ibid.*). De même encore, selon l'article IX, « in any case the Commission may decide that international law, justice and equity require that a property or right be restored to the claimant in addition to the amount awarded in any such case for all loss or damage sustained prior to the restitution » (*ibid.*, 14).
35 Citée par la Commission dans *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1979, vol. II (2e partie), 143-144, para. 26.
36 Citée dans CDI, 2001, 88, para. 3.
37 Citée dans *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1975, vol. II, 81, note 114.
38 Citée dans *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1973, vol. II, 196, note 151 et CDI, 2001, 96, note 130.

public law, justice and equity, without fear, favor or affection to their own country, upon all such claims above specified [...] »[39] ;

– les affaires *Montijo* (1875)[40], *Wipperman* (1885)[41], et *Brissot* (1885)[42], la première étant rendue sur la base d'une convention du 17 août 1874 entre les Etats-Unis et la Colombie permettant aux arbitres de « impartially consider and determine, *to the best of their judgment, and according to public law and treaties in force between the two countries*, and these present stipulations, the claims herein submitted »[43] ;
– les affaires *Davy* (1903)[44], de la *Bolivar Railway Company* (1903)[45], de la *Compagnie générale de l'Orénoque* (1905)[46], de la *Compagnie française des chemins de fer vénézuéliens* (1905)[47], de la *Puerto cabello and Valencia Railway Company* (1903)[48], et *Dix* (1902)[49], dans lesquelles il était conventionnellement établi que « [t]he commissioners, or, in case of their disagreement, the umpire, shall decide all claims *upon a basis of absolute equity, without regard to objections of a technical nature, or of the provisions of local legislation* »[50] ;

---

[39] Nous soulignons ; 137 *CTS*, 333. La même formule se retrouve dans la Convention de réclamations du 7 août 1892 entre les Etats-Unis et le Chili (177 *CTS*, 283). La terminologie de l'article IV de la Convention franco-américaine de réclamations du 15 janvier 1880 est similaire (156 *CTS*, 184).

[40] Citée dans *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1974, vol. II (1ère partie), 289, para. 5 et CDI, 2001, 93, para. 9 et 222, note 604.

[41] Citée dans CDI, 2001, 199, note 376.

[42] Citée dans *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1979, vol. II (2e partie), 144-145, para. 29 et CDI, 2001, 93, note 122 et 140, note 376 respectivement.

[43] Nous soulignons ; extrait cité dans J. Basset Moore, *International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, vol. 2, Washington, Government Printing Office, 1898, 1425 ; pour les affaires *Wipperman* et *de Brissot et consorts*, v. une formulation similaire dans la Convention de réclamations conclue entre les Etats-Unis et le Venezuela en date du 5 décembre 1885, qui se réfère à la « justice » et aux dispositions de la convention d'arbitrage comme fondements des décisions des commissaires (167 CTS, 66).

[44] Citée par la Commission dans CDI, 2001, 93, note 122.

[45] Citée dans *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1975, vol. II, 109, para. 10 et CDI, 2001, 123, para. 12

[46] Citée dans *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1980, vol. II (2e partie), 39, para. 17.

[47] Citée dans *ibid.*, 37, para. 12, note 132.

[48] Citée dans *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1975, vol. II, 109, para. 10 et CDI, 2001, 123, note 187.

[49] Citée dans *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1975, vol. II, 109, para. 10 et CDI, 2001, 123, note 188.

[50] Nous soulignons ; et Protocole du 7 mai 1903 de la Commission mixte de réclamations entre le Royaume-Uni et le Venezuela (*Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. IX, 353). V. pour l'affaire *Dix*, l'article premier du protocole du 17 février 1903 conclu entre les Etats-Unis et le Venezuela (*Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. IX, 115).

– les affaires *Georges Pinson* (1928)[51] et *Caire* (1929)[52], dans laquelle les arbitres étaient compétents pour juger « en impartialité, d'après les principes de l'équité »[53].

Ainsi, dans tous ces cas, la Commission du droit international appuie son travail de codification sur des précédents dont il semble *a priori* délicat de considérer qu'ils reposent sur le droit international positif.

Toujours dans le même sens, et en cinquième lieu, la Commission du droit international s'est référée à plusieurs décisions rendues sur la base d'instruments dans lesquels le droit international est *expressément exclu* en tant que cadre de références pertinent. L'affaire *Pellat* (1929)[54] est ainsi rendue sur la base de l'article 2 de la convention franco-mexicaine du 25 septembre 1924, qui dispose que

> [c]haque membre de la commission, avant de commencer ses travaux, fera et signera une déclaration solennelle par laquelle il s'engagera à examiner avec soin et à juger avec impartialité, d'après les principes de l'équité, toutes les réclamations présentées, attendu que *le Mexique a la volonté de réparer gracieusement les dommages subis et non de voir sa responsabilité établie conformément aux principes généraux du droit international*. Il suffira, par conséquent, de prouver que le dommage allégué a été subi et qu'il est dû à quelqu'une des causes énumérées à l'article 3 de la présente convention, pour que le Mexique se sente, *ex gratia*, décidé à indemniser[55].

De même, l'affaire *Naomi Russel* (1931)[56] s'appuie sur l'article II de l'accord spécial signé par le Mexique et les Etats-Unis en date du 10 septembre 1923, qui reprend, en anglais, un énoncé presque identique[57]. La même relation peut être établie au sujet de l'affaire *John Gill* (1931), également citée par la Commission à l'appui de ses travaux[58].

Enfin, et en sixième lieu, la Commission du droit international se réfère occasionnellement à des précédents rendus sur la base d'instruments qui restent purement et simplement muets sur la question des fondements sur la base desquels les arbitres ou les commissaires sont appelés à rendre leurs décisions. Tel est entre autres le cas de l'affaire *Pieri Dominique* (1905)[59], qui repose sur la Convention franco-vénézuélienne du 19 février 1902[60], ou surtout de la célèbre affaire

---

51 Citée dans CDI, 2001, 64, para. 12.

52 Citée dans CDI, 2001, 96, para. 13 et 107, para. 5.

53 Nous soulignons ; Art. 2 de la convention franco-mexicaine du 25 septembre 1924 ; texte dans le *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. V, 314.

54 Citée dans CDI 2001, 93, para. 9.

55 Nous soulignons ; texte dans le *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. V, 314.

56 Citée dans *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1975, vol. II, 102, note 227.

57 Texte dans le *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. IV, 780.

58 Rapport 2001, 199, note 376. Cette affaire a elle aussi été rendue sur la base d'une clause similaire se retrouvant dans la convention conclue entre la Grande-Bretagne et le Mexique en date du 19 novembre 1926 (texte dans le *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. V, 8).

59 CDI, 2001, 92, note 120.

60 *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. X, 11.

du *Naulilaa* (1928), abondamment utilisée par la Commission[61], et qui a été rendue conformément aux articles 297 et 298 du Traité de Versailles[62]. Comme on le verra, les arbitres ou commissaires concernés ont en pratique comblé pareil silence de différentes manières[63] mais, en tout état de cause, il n'apparaît nullement évident que ces affaires soient fondées sur le droit international positif.

Comme on le voit, la place formellement reconnue au droit international en tant que source dans ces différentes clauses relatives au droit applicable par les arbitres ou les commissaires cités dans les travaux de la Commission du droit international est toute relative. A côté des quelques textes qui instituent le droit comme seul cadre de référence pour ceux qui sont appelés à trancher les différends en cause, il existe une grande variété de clauses de droit applicable. Le droit international positif apparaît donc ne constituer qu'un point de référence relativement marginal pour les arbitres et les commissaires.

L'analyse de la place du droit positif dans certaines décisions citées dans les travaux sur la responsabilité internationale ne peut cependant s'arrêter à ce stade. Il se peut en effet fort bien que, tout en étant théoriquement habilités à se prononcer sur la base de l'équité ou de la justice, les arbitres se réfèrent au droit international dans la motivation de leur décision. A l'inverse, on ne peut exclure que l'arbitre recourre à l'équité ou à des considérations d'opportunité alors même que l'acte constitutif sur la base duquel il tranche renvoie simplement au droit international. Il apparaît donc essentiel d'étudier ces motivations pour déterminer comment les clauses de droit applicable ont été interprétées.

2. Le renvoi à des raisonnements s'émancipant occasionnellement du droit positif

Il est rare de trouver, dans les sentences arbitrales ou les décisions de commissions de réclamation auxquelles la Commission du droit international s'est référée dans ses travaux sur la responsabilité des Etats, des développements spécifiques sur l'interprétation des clauses de droit applicable sur la base desquelles ces décisions ont été rendues. En pratique, on constate une grande variété dans la manière dont les arbitres ou les commissaires ont motivé les décisions qui seront ultérieurement reprises dans les travaux de la Commission. Le droit international positif, que ce soit en tant que cadre général de référence ou par le biais d'une citation de certaines de ses sources formelles, n'est pas systématiquement

---

[61] V. *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1979, vol. II (2e partie), 129-130, para. 7 et CDI, 2001, 134, para. 2 ; 187, note 492 ; 354, note 287 ; 360-361, para. 6 ; 367, para. 2.

[62] Voir la partie de la sentence relative à la question du droit applicable, dans le *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II, 1016.

[63] V. section 2 ci-après.

mentionné et, lorsqu'il l'est, c'est parfois en combinaison avec certaines considérations qui lui semblent étrangères. En ce sens, on peut se demander dans quelle mesure les raisonnements exposés par les arbitres s'émancipent du droit positif. Plusieurs cas de figure peuvent ici aussi être distingués, en allant d'une motivation positiviste relativement classique à d'autres modalités de justification qui s'en démarquent radicalement[64].

Tout d'abord, il faut mentionner certains précédents où, alors même que les clauses de droit applicable leur permettaient d'élargir leur motivation à des références extra-juridiques, les arbitres s'en tiennent manifestement au droit positif. Ainsi :

- dans l'affaire *Caire*, la commission des réclamations franco-mexicaine se prononce par référence au « droit international », appuie ses conclusions à la fois sur les travaux de l'Institut de droit international, ceux menés dans le cadre de la Société des Nations pour la codification du droit de la responsabilité internationale, ainsi que sur « la doctrine la plus autorisée […] appuyée par nombre de sentences arbitrales »[65] ;
- la décision de la même commission dans l'affaire *Pinson* est également soigneusement motivée en droit, puisqu'on y trouve une référence explicite au « droit international positif contemporain » ainsi qu'un renvoi aux travaux de « grands internationalistes modernes », dont certains positivistes renommés comme Anzilotti[66] ;
- dans l'affaire *Prats*, la commission de réclamations américano-mexicaine affirme que le « government was under no obligation, by treaty or the law of nations, to protect the property of aliens situate[d] inside the enemy country against the enemy »[67], ce qui constitue bien une motivation positiviste classique ;
- de la même façon, on peut estimer – même si la commission n'y fait aucune référence expresse – que c'est en application des règles relatives aux obligations des Etats neutres énoncées dans le traité américano-britannique du 8 mai 1871 que la commission des réclamations établie par cette convention a jugé, dans l'affaire du *Raid de Saint Albans*, qu'aucune violation de ces principes ne pouvait être constatée en l'espèce[68].

---

64 Les précédents exposés ci-dessous ont déjà été mentionnés dans la partie précédente de la présente contribution, à laquelle on voudra bien se référer à la fois pour déterminer dans quelle partie des travaux de la Commission chacun d'entre eux a été utilisé, et pour se remémorer quel était le cadre de référence des arbitres ou commissaires sur le plan du droit applicable.

65 *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. V, 530-531. Dans le même ordre d'idées, quoique de façon beaucoup plus succincte, la commission des réclamations américano-mexicaine indique, dans une décision de 1930, qu'elle a précédemment reconnu « in accordance with international law and in conformity with Article I of the General Claims Convention of September 8, 1923, that the defendent Government is responsible for the damages caused by the acts of an official of the State which has resulted in injustice » (Affaire *Tribolet, Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. IV, 601).

66 *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. V, 352-353.

67 *Ibid.*, 2890.

68 Basset Moore, *International Arbitrations*, vol. 4, 4054.

Ces quatre précédents montrent que, même lorsque l'arbitre est libre de s'en émanciper, il peut en pratique se référer au droit international positif. Il n'y a là, sur le principe, aucune incohérence particulière. La définition de l'équité ou de la justice étant particulièrement large[69], rien n'empêche de définir cette notion comme impliquant, au moins en premier lieu, un recours au droit positif existant. Certes, on pourrait objecter que ce choix est lui-même fondé sur des considérations extra-juridiques, et non imposé en droit. Mais, précisément, on peut aussi considérer le renvoi au droit positif comme particulièrement pertinent, dans la mesure où l'arbitre n'avait justement pas l'obligation d'y procéder.

Cette volonté de s'en tenir au droit international positif reste cependant limitée, et ne se retrouve manifestement pas dans d'autres arbitrages qui sont, sans précautions ou précisions particulières, également évoqués par la Commission du droit international. Ainsi, et on passe ici à un deuxième cas de figure, il se peut que le droit international soit utilisé comme cadre de référence principal, mais que les arbitres affirment leur latitude à en suppléer les manquements. En ce sens, on peut citer l'affaire *Naulilaa*, qui est la seule, parmi celles qui ont été répertoriées aux fins de la présente contribution, dans laquelle la question du droit applicable est abordée de manière spécifique – et détaillée – par les arbitres. L'analyse des membres du tribunal sur ce point mérite de ce fait d'être reproduite ici dans son intégralité, d'autant plus que l'instrument juridique sur la base duquel cette sentence a été rendue ne contenait aucune précision quant au droit applicable, comme on l'a antérieurement mentionné[70]. Selon les arbitres,

> I. Le § 4 de l'annexe aux arts. 297 et 298 du Traité de Versailles détermine la juridiction chargée de connaître des demandes d'indemnités de ressortissants alliés contre l'Allemagne, à raison d'actes commis, avant l'entrée en guerre de la puissance intéressée, par le Gouvernement allemand ou par toute autorité subordonnée.
>
> Il s'agit ainsi d'actions dirigées contre un État, à raison de mesures prises par les autorités dont les actes engagent sa responsabilité. En droit commun, ces actions sont régies par les règles *du droit des gens.* Sans ce [*sic*] référer *expressif verbis* à ce droit, le Traité de Versailles n'en exclut d'aucune manière l'application. Au contraire, l'institution d'une juridiction arbitrale, exclusivement neutre – par opposition aux *tribunaux mixtes*, créés pour statuer sur des différends d'autre nature – et le choix de l'expression « actes commis », expression empruntée à la terminologie du droit des gens, font déjà présumer que le Traité n'a pas entendu substituer *un jus tractatus* au droit des gens, généralement appliqué en pareille matière par les Cours arbitrales.
>
> Cette présomption est confirmée par le fait que le Traité n'indique nulle part suivant quelles règles l'arbitre unique doit déterminer la sanction des actes qui lui sont soumis. L'explication toute naturelle de ce silence est que le Traité admet [...] que l'arbitre unique s'en tiendra au droit généralement applicable à la catégorie de litiges

---

69 V. la définition de ces notions dans J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/Agence Universitaire de la Francophonie, 2001, 441-443 (« équité ») et 634-635 (« justice »).

70 Partie 1 ci-dessus.

> renvoyés devant lui, c'est-à-dire au droit des gens. C'est ce qui a été admis, jusqu'ici, par les arbitres uniques et par la Cour de La Haye.
>
> Les arbitres ne voient aucun motif d'en décider autrement et admettent, en conséquence, que le présent litige est régi par les règles du droit des gens.
>
> 2. S'en tenant, d'autre part, à la définition contenue dans l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale, les arbitres estiment devoir appliquer: *a*) les conventions internationales, là où elles établiraient des règles expressément reconnues par les deux États en litige; *b*) la coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit; *c*) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; *d*) les décisions judiciaires et la doctrine, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit. *Enfin, à défaut de règles du droit des gens applicables aux faits litigieux, les arbitres estiment devoir combler la lacune, en statuant suivant les principes d'équité, tout en restant dans le sens du droit des gens, appliqué par analogie, et en tenant compte de son évolution*[71].

Cette position de principe est révélatrice à plus d'un titre. Elle montre, d'une part, la conscience des arbitres de disposer d'un appareillage juridique relativement élaboré, susceptible de leur fournir des règles adaptées, de nature à leur permettre d'apporter une réponse au litige qui leur est soumis. La référence à l'article 38 du Statut de la CPJI, en particulier, est particulièrement symptomatique à cet égard. Mais cette déclaration met aussi en évidence, d'autre part, le sentiment des membres du tribunal de se trouver en présence d'un ordre juridique international encore incomplet. L'évocation du recours à l'équité comme moyen de combler les lacunes du droit des gens auxquelles les arbitres pourraient se trouver confrontés, le montre clairement. A cet égard, la référence à l'article 38 du Statut est ambiguë, puisque ce dernier subordonne le jugement *ex æquo et bono* à un accord des parties[72], alors que le tribunal semble y recourir ici d'autorité[73]. En l'occurrence, cette ambiguïté se retrouve bien dans la motivation de la sentence. Sur la question, centrale en l'espèce, du régime juridique des représailles, les arbitres, après s'être référés à la doctrine, indiquent que « [q]uant au droit international, actuellement en formation à la suite des expériences de la dernière guerre, il tend certainement à restreindre la notion de représaille légitime et à prohiber l'excès »[74]. La référence à un droit international « en formation » laisse ainsi entendre que la prise en compte de considérations relevant de l'équité *praeter legem* n'a

---

[71] Sentence du 31 juillet 1928, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II, 1016 ; les notes ont été omises et seules les italiques de la dernière phrase ont été ajoutées.

[72] V. le para. 2 de l'article 38 ainsi que son commentaire par Alain Pellet, « Article 38 », in A. Zimmerman, Ch. Tomuschat & K. Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 730-735.

[73] Tout dépend évidemment de la manière dont on conçoit cette notion, et en particulier ses relations avec l'équité ; v. à cet égard Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, 470-471.

[74] Sentence du 31 juillet 1928, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II, 1026, note de bas de page omise.

certainement pas été exclue en l'espèce par les arbitres[75]. Ce recours à des considérations dépassant le cadre strict du droit positif dans le cas des représailles est d'autant plus visible lorsque l'on compare le passage précité à d'autres parties de la sentence, dans lesquelles les arbitres s'en tiennent de manière particulièrement nette à un cadre strictement juridique. Les membres du tribunal relèvent ainsi par exemple plus loin que l'internement de soldats allemands par les autorités portugaises était « en principe autorisé par le droit des gens positif »[76].

Dans un troisième cas de figure, que l'on retrouve dans des sentences et décisions plus anciennes abondamment citées par la Commission du droit international, l'émancipation par rapport au droit international positif découle de la circonstance qu'aucune mention explicite n'en est faite. Dans les cas qui suivent, les arbitres préfèrent en effet s'appuyer de manière très générale sur certains éléments de la pratique, de la jurisprudence ou de la doctrine, sans toutefois qu'on ait l'impression qu'ils s'appuient sur une source formelle de l'ordre juridique international. Plusieurs précédents peuvent être mentionnés en ce sens.

- Dans l'affaire *Prats*, dans une autre partie de la motivation que celle qui a été citée plus haut, les membres de la commission de réclamations américano-mexicaine se contentent d'évoquer quelques précédents de la pratique d'autres Etats pour appuyer leur conclusion selon laquelle une personne résidant dans une zone de conflit ne peut demander réparation des dommages qu'elle aurait subis dans pareil contexte à l'un ou à l'autre des belligérants[77].
- De la même manière, dans l'affaire du *Montijo*, l'arbitre se réfère à la pratique de deux Etats fédéraux – la Suisse et les Etats-Unis – pour affirmer le principe selon lequel c'est la fédération qui doit être tenue responsable des actes des entités fédérées. Il rappelle ainsi l'épisode de la *Caroline*, pour en conclure que « two great and powerful nations were on the verge of a disastrous war because the federal power was held liable for the acts of a separate state »[78]. L'arbitre évoque également ailleurs la pratique des Etats en matière de conclusion de traités relatifs au statut des résidents étrangers, systématiquement conclus par le gouvernement central et non par les entités fédérées : « The same practice obtains in the United States, in Switzerland, and in all countries in which the federal system is adopted »[79]. Pour autant, les conclusions qu'il tire de ce constat en termes de responsabilité lui semblent toute personnelles, et fondées avant tout sur ce qui paraît pouvoir être caractérisé comme un raisonnement logique : « In the event, then, of the violation

---

[75] L'affaire est d'ailleurs citée dans le *Dictionnaire de droit international public* (Salmon (dir.), 443) comme une illustration de la notion d'équité *praeter legem*. On peut dans le même sens comparer les propos du tribunal avec ceux de la Cour internationale de Justice qui, dans l'affaire du *Différend frontalier* (*Burkina Faso c. Mali*), affirme en revanche se limiter à une stricte utilisation de l'équité *infra legem* (CIJ Recueil 1986, 567-568, para. 28).

[76] Sentence du 31 juillet 1928, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II, 1027.

[77] Affaire *Salvador Prats*, in Basset Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, 2891.

[78] Basset Moore, *International Arbitrations*, vol. 2, 1441.

[79] *Ibid.*, 1439.

of a treaty stipulation, it is evident that a recourse must be had to the entity with which the international engagement was made »[80].

– Dans l'affaire *Youmans*, la commission des réclamations se réfère très généralement à de la jurisprudence[81]. Les précédents qui y sont cités ne paraissent cependant pas avoir joué un rôle déterminant dans la décision atteinte en l'espèce par les commissaires. Celle-ci semble avant tout fondée sur leur perception de ce qui apparaissait comme une solution justifiée dans les circonstances, et sur le souci d'assurer une protection adéquate aux victimes, en empêchant les Etats de se défausser trop facilement de leur responsabilité. L'extrait suivant de la décision se révèle particulièrement parlant à cet égard : « Certain cases coming before the international tribunals may have revealed some uncertainty whether the acts of soldiers should properly be regarded as private acts for which there was no liability on the State, or acts for which the State should be held responsible. But we do not consider that the participation of the soldiers in the murder at Angangueo can be regarded as acts of soldiers committed in their private capacity when it is clear that at the time of the commission of these acts the men were on duty under the immediate supervision and in the presence of a commanding officer. Soldiers inflicting personal injuries or committing wanton destruction or looting always act in disobedience of some rules laid down by superior authority. There could be no liability whatever for such misdeeds if the view were taken that any acts committed by soldiers in contravention of instructions must always be considered as personal acts »[82].
– Dans l'affaire *Janes*, les références faites à des décisions ou sentences antérieures se révèlent parfois particulièrement brèves et imprécises, la commission des réclamations américano-mexicaine concluant que « The liability of the Mexican Government being stated there remains to be determined for what they are liable and to what amount. *At times international awards have held* that, if a State shows serious lack of diligence in apprehending and/or punishing culprits, its liability is a derivative liability, assuming the character of some kind of complicity with the perpetrator himself and rendering the State responsible for the very consequences of the individual's misdemeanor »[83].
– Dans l'affaire *Wipperman*, la référence à la doctrine apparaît de manière très générale et imprécise[84]. Le poids de cette référence dans le fondement de la décision apparaît d'ailleurs très relatif. C'est en effet visiblement sur la base d'un raisonnement simplement logique que le surarbitre Findlay formule, dans une première partie de sa décision où aucune autorité doctrinale – ou autre – n'est citée, une conclusion qui sera souvent reprise par la suite : « Unless a government can be held to be an insurer of the lives and property of persons domiciled within its jurisdiction, there is no principle of sound law which can fasten upon it the responsibility for indemnity in cases of sudden and unexpected deeds of violence, which reasonable foresight and the use of ordinary precautions can not prevent »[85]. Il apparaît clair que, dans ce prononcé, plutôt qu'une référence à un cadre juridique quelconque, les termes « sound law » (une « loi sensée ») renvoient avant tout à

---

80 *Ibid.*
81 *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. IV, 116, para. 14.
82 *Ibid.*
83 Nous soulignons ; *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. IV, 86, para. 19.
84 Texte dans Basset Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, 3042.
85 *Ibid.*, 3041.

> la perception qu'a le surarbitre de la solution qui semble juste et raisonnable dans l'espèce dont il a à connaître.

Dans toute une série de décisions, c'est d'ailleurs *exclusivement* de cette manière que les arbitres ou commissaires se prononcent sur les demandes qui leur sont soumises, ce qui nous offre un quatrième cas de figure illustrant la diversité des motivations. Dans les cas qui suivent, l'essentiel du raisonnement développé par les arbitres ou les commissaires ne prend en réalité appui sur aucune autorité extérieure, et suit simplement un déroulement qui paraît avant tout fondé sur la logique et la simple affirmation. Dans le cadre de l'affaire *Moses*, le surarbitre Lieber affirme, sans la moindre référence à une autorité extérieure quelconque, que : « An officer or person in authority represents *pro tanto* his government which in an international sense is the aggregate of all officers and men in authority »[86].

La simple affirmation se retrouve également, par exemple, dans l'affaire *Castelain*[87] ou dans l'affaire *de Brissot*, dans laquelle le surarbitre Findlay expose, sans s'appuyer sur d'autres autorités, la conclusion suivante :

> The attack was in the nature of an ambuscade and complete surprise. It would be wholly unwarranted, therefore, to hold Venezuela responsible for not anticipating and preventing an outbreak, of which the persons most interested in knowing and the very actors on the spot had no knowledge[88].

Le même constat peut encore être opéré dans les affaires *Davy*[89] ou *Pellat*[90], entre autres.

Ainsi, de nombreux précédents cités par la Commission semblent reposer sur une référence à des considérations manifestement extra-juridiques. On peut encore en ce sens évoquer l'affaire de la *Compagnie générale de l'Orénoque*, la Commission des réclamations se référant au « duty of self-preservation » du Venezuela pour justifier le non-respect d'un contrat[91]. De même, dans l'affaire de la *Compagnie française des chemins de fer vénézuéliens*, cette même commission invoque la « force majeure » en raison du fait que « [i]ts own preservation was paramount »[92]. Enfin, dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, la Cour permanente d'arbitrage, dont on a vu qu'elle est supposée trancher sur la base du respect du droit, fonde la « force majeure » sur l'affirmation selon laquelle « le droit interna-

---

86 Décision du 14 avril 1871, dans Basset Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, 3129.
87 Texte dans Basset Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, 3000.
88 Texte dans Basset Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, 2969.
89 Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne c. Venezuela, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. IX, 468.
90 Commission mixte des réclamations France c. Mexique, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. V, 536.
91 Commission mixte des réclamations France c. Venezuela, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. X, 280-281.
92 *Ibid.*, 353.

tional doit s'adapter aux nécessités politiques »[93]. On constate ainsi que, au-delà du texte de l'acte constitutif fondant les compétences du tribunal, ce dernier peut occasionnellement fonder sa motivation sur des considérations à connotation morale ou politique.

En somme, on ne peut que constater une grande diversité dans la manière dont les instances arbitrales ou de réclamations citées par la Commission dans ses travaux sur la responsabilité ont envisagé leur rapport avec le droit international positif contemporain. D'une part, les clauses établissant leurs compétences leur conféraient parfois une large marge de manœuvre, en leur permettant le cas échéant de juger en équité, que ce soit à titre complémentaire ou même, dans nombre de précédents, sans aucune forme de limite. D'autre part, on constate que les motivations effectivement énoncées dans les décisions ont emprunté des formes diverses, allant du renvoi au droit positif à de simples affirmations reposant sur la logique ou le bon sens de leurs auteurs. Dans ce contexte, il serait en tout cas réducteur d'affirmer que l'ensemble de la jurisprudence arbitrale pertinente repose de manière exclusive et univoque sur le droit international positif. La Commission du droit international semble plutôt avoir utilisé les précédents existants de manière assez large, sans souci de restriction tenant au droit applicable ou appliqué, et ce de manière à présenter un matériau aussi large que possible pour fonder son œuvre de codification. En ce sens, son comportement peut être interprété comme le signe d'une volonté de formalisation du droit international, comme on le détaillera dans les étapes suivantes de notre raisonnement.

3. La Commission du droit international comme instrument de formalisation du droit international

S'il est incontestable que la Commission a, pour fonder l'élaboration de ses articles sur la responsabilité des Etats, utilisé de nombreuses décisions arbitrales – ou assimilées – qui ne peuvent être réduites à une application du droit international positif, il faut replacer cette pratique dans de justes proportions. Si on prend en compte l'ensemble de ses travaux sur la responsabilité, il est manifeste que la plupart des précédents cités par la Commission sont issus de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale, ou d'autres arbitrages qui sont manifestement rendus sur la base du droit positif[94]. Cependant, on soulignera que les rapports de la Commission citent indifféremment tous ces précédents, sans procéder à une distinction de ce type. En d'autres termes, si on s'en tient à la lecture des rapports concernés, l'ensemble de la jurisprudence citée semble bénéficier du même statut d'élément d'une

---

93 *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1980, Vol. II (2e partie), 35, para. 7.

94 P. Daillier, « The Development of the Law of Responsibility through the Case Law », in Crawford, Pellet & Olleson (dir.), *The Law of International Responsibility*, 43.

pratique fondant la codification. L'impression se confirme si on prend connaissance des rapports réalisés par le Secrétariat et qui contiennent une synthèse de la jurisprudence existante[95]. Aucune différenciation n'est opérée entre les précédents rendus clairement sur la base du droit positif, d'une part, et ceux dans lesquelles sont intervenues, que ce soit dans le compromis ou dans le corps du raisonnement, des considérations de justice, d'équité ou d'opportunité, d'autre part.

Comment interpréter ce constat dans le contexte du débat sur la déformalisation du droit international évoqué en introduction de cette étude ? Peut-être les partisans de cette thèse pourraient-ils relever que, d'une certaine manière, la Commission a fondé ses articles sur des précédents « déformalisés », en ce sens qu'ils intègrent, sans toujours les séparer, des considérations juridiques, morales, et d'équité. Dans le cas des circonstances excluant l'illicéité, par exemple, on pourrait relever que des notions controversées comme l'état de nécessité sont en partie fondées sur des précédents davantage fondés sur l'équité que le droit positif, comme les affaires de la *Compagnie générale de l'Orénoque*, de la *Compagnie française des chemins de fer vénézuéliens*, ou de l'*Indemnité russe*, citées plus haut. Ainsi, certains concepts juridiques adoptés par la Commission du droit international en 2001 sont en partie ancrés sur des précédents dans lesquels droit, politique et morale semblent s'enchevêtrer.

Une autre interprétation, beaucoup plus convaincante à nos yeux, est de voir à l'inverse dans cette pratique le signe d'un mouvement général de formalisation favorisé par la Commission. Certains éléments peuvent en tout cas être mentionnés en ce sens.

Tout d'abord, cet aperçu de la jurisprudence consacrée à la responsabilité internationale tend à confirmer les enseignements d'autres études, qui ont montré la place croissante prise par le droit international positif dans les sentences arbitrales puis plus généralement dans les décisions de juridictions internationales, que ces dernières soient permanentes ou *ad hoc*[96]. Ainsi, une comparaison des décisions datant du XIX^{ème} siècle avec celles rendues après la deuxième guerre mondiale, par exemple, dénoterait une « positivisation » du droit applicable[97]. Une analyse des précédents cités par la Commission du droit international confirme cette tendance : plus on avance vers le XX^{ème} siècle, puis vers les années 1930, moins

---

[95] « Résumé des décisions rendues par des tribunaux internationaux en matière de responsabilité des États, préparé par le Secrétariat », UN Doc. A/CN.4/169, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1964, vol. II, 139-180 ; Supplément, A/CN.4/208, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1969, vol. II, 103-116 ; « La 'force majeure' et le 'cas fortuit' en tant que circonstances excluant l'illicéité : étude de la pratique des Etats, de la jurisprudence et de la doctrine », UN Doc. A/CN.4/315, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1978, vol. II (1ère partie), 58-223.

[96] K. Strupp, « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 33, 1930, 351-481.

[97] Pour reprendre l'expression utilisée par K. Strupp dans son cours de 1930 (*ibid.*, 408).

les considérations d'équité ou de justice sont citées comme critères pertinents pour trancher les différends[98]. Le constat n'est d'ailleurs guère étonnant, si l'on considère l'état du droit existant à l'époque. Lorsqu'on se penche à nouveau sur les circonstances excluant l'illicéité, par exemple, on relèvera aisément qu'aucune règle de droit positif n'y faisait référence au moment où les arbitrages précédemment évoqués ont été rendus. Absentes des instruments conventionnels, ces circonstances n'apparaissent pas non plus dans les textes d'origine privée tendant à codifier la responsabilité internationale, textes qui sont reproduits dans les travaux de la Commission[99]. Dans ce contexte, on peut considérer que les arbitres du XIX^{ème} siècle ou du début du XX^{ème} siècle ont été amenés à combler ce qu'ils estimaient être des lacunes du droit positif en recourant à des considérations d'équité[100]. La situation est évidemment différente aujourd'hui, puisque, pour reprendre une fois encore cet exemple, les circonstances excluant l'illicéité ont été admises dans une jurisprudence fondée clairement sur le droit existant[101], et finalement admises par les Etats à l'occasion des travaux de la Commission[102]. Le mouvement peut être illustré par le cas spécifique de l'état de nécessité, contesté jusque dans les années 1980 par une partie de la doctrine[103], mais consacré dans le projet adopté en première lecture par la Commission[104], lequel sera cité par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Gabcikovo Nagymaros*[105], – affaire citée à son tour par la Commission pour appuyer la positivité du concept d'état de nécessité dans son projet adopté en deuxième lecture[106]. En d'autres termes, alors que l'on devait, à la fin du XIX^{ème} ou au début du XX^{ème} siècle, se contenter de l'équité pour fonder l'état de nécessité, cette notion est devenue spécifiquement juridique grâce à un mouvement de formalisation dans lequel la Commission et les instances juridictionnelles internationales se citent mutuellement, les sources formelles de l'ordre juridique tendant progressivement à remplacer les considérations d'opportunité[107].

---

98 Il suffit à cet égard de comparer les différents précédents analysés dans les deux premières parties de la présente étude, pour constater que les affaires les plus anciennes sont celles dans lesquelles la place du droit positif est indéniablement la plus limitée. V. aussi Pellet, « Article 38 », 732, note 394.

99 *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1969, vol. II, 146ss.

100 Strupp, « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », 367 et 387.

101 V. entre autres l'affaire du *Rainbow Warrior* (*Nouvelle-Zélande c. France*), *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XX, 215-284.

102 CDI, 2001, 179ss.

103 V. notamment J. Salmon, « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ? », in J. Makarczyk (dir.), *Mélanges Manfred Lachs*, Dordrecht, Kluwer, 1984, 235-270.

104 *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1980, vol. II (2^{e} partie), 47, para. 31.

105 C.I.J. Recueil 1997, 40, para. 51.

106 CDI, 2001, 213-214, para. 11.

107 Patrick Daillier évoque à cet égard une « circular relationship between case law and doctrine » ; Daillier, « Law of Responsibility », 37.

Doit-on alors considérer que, si elle s'était strictement conformée à un schéma positiviste et formaliste, la Commission aurait dû écarter les décisions fondées, en tout ou en partie, sur l'équité ? Une telle option aurait, en effet, été théoriquement concevable. La Commission aurait pu clairement faire la distinction entre les décisions fondées en droit positif et les autres[108], et ne retenir que les premières aux fins de son travail de codification, quitte à évoquer les secondes en les présentant comme venant à l'appui de propositions clairement présentées comme relevant du « développement progressif » du droit international.

En pratique, cela aurait probablement amené la Commission à réduire considérablement la base sur laquelle elle a prétendu fonder l'ancrage coutumier de bon nombre de règles et concepts composant le domaine de la responsabilité internationale. C'est probablement pour éviter une telle conséquence que la Commission du droit international a préféré emprunter une voie plus pragmatique, en présentant sans les distinguer ses articles comme fondés sur une pratique jurisprudentielle fournie, et tirant ses origines dans la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle. On peut certes, si l'on adopte une perspective formaliste stricte, critiquer cette façon de procéder en soulignant la confusion ainsi entretenue, le lecteur des rapports ayant l'impression que toute la jurisprudence citée s'appuie sur du droit international positif. Cela n'enlève cependant rien au constat selon lequel, plus fondamentalement, la Commission, en formalisant *a posteriori* et de manière anachronique certains précédents, agit comme un artisan de ce que Pierre-Marie Dupuy a désigné comme l' « unité formelle du droit international »[109]. La Commission du droit international semble ici pouvoir être assimilée aux codificateurs qui ont été à l'œuvre dans les ordres juridiques internes[110]. Là aussi, la « codification » a contribué à unifier, formaliser et en même temps instituer un ordre juridique en présentant comme un système cohérent et unique un droit à l'origine composé de règles et pratiques locales éparses et parfois contradictoires[111]. En ce sens, le mouvement de formalisation peut être expliqué en le reliant à certaines fonctions traditionnelles de la codification.

---

[108] A l'instar de ce que la Cour permanente de Justice internationale puis la Cour internationale de Justice ont fait, en distinguant toujours clairement l'équité ou la justice en droit, de ces mêmes notions dans un sens plus large ; v. notamment l'affaire du *Différend frontalier* (*Burkina Faso c. Mali*), citée plus haut, ainsi que les autres précédents cités par Alain Pellet, « Article 38 », 733.

[109] Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », 93ss.

[110] O. Corten, « Les aspects idéologiques de la codification du droit international », in Corten, *Le discours du droit international*, 158 ; v. p. ex. R. Ago, « La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation », in *Mélanges Guggenheim*, Genève, Faculté de droit et IUHEI, 1968, 93.

[111] V. p. ex. A. Mahiou, « Raport général », in Société Française pour le Droit International, *La codification du droit international*, Paris, Pedone, 1999, 46.

4. La formalisation des règles secondaires comme instrument de légitimation de l'ordre juridique international

Résumons-nous. Pour fonder les articles sur la responsabilité de l'Etat adoptés en 2001, après des décennies de débats, la Commission aurait pu s'appuyer, au moins en partie, sur des considérations d'équité ou d'opportunité. Dans cette perspective, elle aurait pu se référer à d'anciens arbitrages qui avaient, précisément, eu recours à ce type de considérations. Comme on l'a vu, la Commission a procédé d'une tout autre manière, en préférant générer l'impression d'un ancrage de ces règles dans le droit international positif. C'est ainsi qu'elle a utilisé, sans les distinguer, des précédents jurisprudentiels très différents, en favorisant l'impression qu'ils exprimaient tous l'état du droit positif. Ainsi présentée, la codification favorise l'image d'un droit international qui résulte, non pas de décisions contingentes – que l'on pourrait assimiler à une forme d'arbitraire –, mais d'une pratique ancienne qu'il ne s'agirait que de traduire dans les textes[112]. En d'autres termes, la technique se comprend comme une forme de légitimation d'un ordre juridique international en formation[113].

Il faut rappeler à ce sujet le caractère particulièrement sensible du domaine de la responsabilité internationale. On sait que la juridicité du droit international a été contestée par des positivistes comme Hart, lequel a mis l'accent sur l'absence, dans le droit des gens, de règles secondaires qui, au-delà des règles primaires de comportement, permettraient de distinguer un simple ensemble de normes d'un authentique système juridique[114]. Parmi les différentes règles secondaires évoquées, à côté de celles relatives à la production ou à l'interprétation des règles primaires, étaient évoquées les règles dites d' « adjudication », régissant les conséquences de la violation de ces règles primaires[115]. Dans ce contexte, la démonstration de l'existence d'un régime de responsabilité internationale se confond avec celle de l'existence de l'ordre juridique international lui-même. Et, plus on inscrit cet ordre dans l'histoire, en remontant au XIX^{ème} siècle, voire auparavant, plus on tend à l'affirmer et à le consolider face à ses détracteurs. De ce point de vue, les travaux de la Commission sur la responsabilité peuvent être interprétés comme une entreprise de légitimation du droit international et, au-delà, de la Commission elle-même en tant qu'organe supposé en préciser le contenu[116].

Enfin, revenons sur l'assimilation du droit international à une « technique de régulation sociale, volontairement formalisée pour des raisons d'efficacité, de fiabi-

---

112 Daillier, « Law of Responsibility », 41.
113 Corten, « Les aspects idéologiques », 153-176.
114 H. Hart, *Le concept de droit*, trad. fr., Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976.
115 Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », 76.
116 Corten, « Les aspects idéologiques », 161.

lité ; de sécurité, ce que l'on appelle précisément la 'sécurité juridique' »[117]. L'affirmation du dédicataire du présent ouvrage renvoie en filigrane à une dimension plus sociologique de la formalisation du droit, mise en exergue par Max Weber au sujet des ordres nationaux[118]. Selon Max Weber, l'avènement du positivisme juridique et de la formalisation du droit qui l'accompagne s'expliquent par le développement de sociétés libérales, soucieuses de prévisibilité et de sécurité dans l'application des règles de comportement[119]. Cette sécurité juridique se comprend comme une garantie contre l'arbitraire du pouvoir, et renvoie ainsi à la liberté individuelle et aux droits de l'homme ; elle correspond aussi à une économie de marché soucieuse de régularité et de prévisibilité, pour les investisseurs comme pour les entrepreneurs et les commerçants[120]. Ainsi, le vieux droit naturel, dont la formulation et l'application diffèrent en fonction de la conception morale ou politique de chaque autorité, doit laisser la place à un droit positif à l'application aussi prévisible que possible, ce qui suppose d'en confier l'application à des professionnels compétents tranchant sur la seule base d'un droit unifié et formel[121]. Si on confronte les résultats de notre recherche à cette grille théorique d'analyse, on ne s'étonnera pas du mouvement de formalisation qui, si on compare la situation actuelle à celle qui a prévalu dans le courant du XIX^{ème} siècle, pourrait être mis en relation avec une société internationale dans laquelle les droits individuels de la personne et l'économie de marché ont connu de substantiels progrès[122].

---

117 Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », 26.

118 M. Weber, *Economie et Société*, vol. 2 (*L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*), Paris, Plon, Agora, 1995, 44ss. ; M. Weber, *Sociologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, 185ss.

119 Weber, *Sociologie du droit*, 40ss. et l'introduction de J. Grosclaude, 20-21 ; J. Freund, « La rationalisation du droit selon M. Weber », *Archives de Philosophie du Droit*, 23, 1978, 81ss. ; D.M. Trubek, « Max Weber on Law and Rise of Capitalism », in P. Hamilton (ed.), *Max Weber. Critical Assessments*, vol. 3, London/New York, 1991, 132-134.

120 V.J. Freund, *Etudes sur M. Weber*, Paris/Genève, Dalloz, 1990, 254.

121 V. aussi M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris/Québec, LGDJ/Presses universitaires de Laval (coll. Droit et Société no. 15), 1995.

122 V. not. J. Salmon, « Le droit international à l'aube du XXI^{e} siècle », *Cours Euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. VI, 2002, 35-363. On peut à cet égard relever que la formalisation du droit de la responsabilité internationale par la Commission du droit international s'est à l'origine fondée essentiellement sur la protection due aux étrangers ou aux investissements.

CHAPTER EIGHTEEN

INSOLVENCY AND STATE RESPONSIBILITY

Christian Tomuschat*

1. Introduction

In the recent past, two occurrences have focused sharp attention on the problems deriving from a State's inability to comply with its financial obligations. The judgment in *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)* of 3 February 2012,[1] which re-affirmed the principle of jurisdictional immunity with regard to acts *jure imperii*, did not have to deal directly with Germany's financial situation as a consequence of World War II. Nonetheless, the debts caused by the crimes committed during that war constituted the backdrop of the dispute between the two litigant parties where the main issue to be assessed was the jurisdictional power, claimed by the Italian judiciary, to entertain actions brought by civilian victims of such crimes against the German State. Italy as the respondent defended the position taken in particular by the Corte di cassazione in *Ferrini*, a judgment of 11 March 2004.[2] In many comments published shortly afterwards by the daily press it was observed that the judgment might be juridically correct but that it was fundamentally unjust.[3]

This contribution to the essays in honour of Pierre-Marie Dupuy[4] is certainly not the place to re-open the debate that has found its close with the judgment of

* Professor Emeritus at Humboldt University, Berlin.

1 International Court of Justice (ICJ), *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, 3 Feb. 2012, available at: http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf.

2 Decision No. 5044/2004, *Rivista di diritto internazionale*, 87, 2004, 539; 128 ILR 658.

3 See, e.g., A. Dernbach, "Deutschlands wahre Schulden", *Tagesspiegel* (Berlin), 4 Feb. 2012, 6.

4 Pierre-Marie Dupuy acted as a member of the Italian judicial team, fighting hard to have his understanding of *jus cogens* accepted by the ICJ, see his general course at the Hague Academy: "L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 354–398.

3 February 2012. Instead, our intention is to inquire into the general problematique of borderline situations where a State finds itself close to insolvency or has indeed fallen into insolvency, unable to meet its debts. Under domestic laws in all countries, provision is made in such instances for a procedure that seeks to bring about a fair balance between the interests of the debtor and those of the creditors.[5] At the international level, by contrast, to date no such procedure has taken shape. Obviously, the principle of national sovereignty stands in the way of establishing a regime requiring to be administered by a superior authority that could be viewed as an element of an over-intrusive world government.

The second occurrence to be mentioned in this regard is the financial crisis of Greece which, looking back from March 2012 to the past, has been going on for several years, with no happy end in sight.[6] On an almost weekly basis, the political leaders of the Euro zone were meeting during 2010 and 2011 in order to find solutions for the excessive indebtedness not only of Greece, but also of other economically weak partners in the Euro project, and their ordeal has continued unabatedly during the first three months of 2012.[7] When the Treaty of Maastricht in 1993 ushered in the Euro,[8] provision was made in the relevant provisions for some kind of financial stability and crisis management.[9] But it has clearly emerged that the drafters were almost naïve in trusting that any major currency problem could be effectively addressed by fixed stability targets and eventually by sanctions that would be imposed on any Member State disregarding the normative guidelines. The same illusions appear to mar the European Fiscal Pact,[10] signed on 2 March 2012, in which great hopes have been placed. It stands to reason that a heavily indebted country will not be in a position to assume additional financial burdens when it lacks the means to service its scheduled debts. In the midst of the current crisis, no serious chance exists of adjusting the relevant rules of the Lisbon Treaty itself, in order to introduce a better system that may

---

[5] See, e.g., R. Buckley, "Sovereign Bankruptcy", *Bond Law Review*, 15, 2003, 95 and 110.

[6] A dispute related to Greek financial turmoil in the last century was adjudicated by the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in 1939, *Société Commerciale de Belgique*, Series A/B No. 78, 15 June 1939.

[7] By 8 March 2012, the private-sector creditors had to declare their agreement with a swap of the Greek bonds held by them, accepting losses of as much as 75% of their face value.

[8] For a detailed analysis see C. Tomuschat, "The Euro—A Fortress Threatened from Within", in A. Ligustro & G. Sacerdoti (eds.), *Problemi e Tendenze del Diritto Internazionale dell'Economia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 275–297.

[9] Under the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) now Articles 123–126.

[10] Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, 2 March 2012, available at: http://european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf.

stand the shocks of reality, instead of circumventing the complex amendment procedure by concluding an ancillary treaty *extra unionem*. But there can be no ban on intellectual endeavours trying to devise better mechanisms, in particular on exploring the systemic environment of State indebtedness under general international law.

2. Public and Private Debt: Distinct and Common Features

2.1. *Foreign and Domestic Debt*

If a State, for whatever reasons, has accumulated debt to an unsustainable degree, it matters little what origin the debt has. Foreign debt—as opposed to domestic debt—encompasses both public and private debt. It cannot be dealt with as easily as domestic debt vis-à-vis a country's own citizens.[11] Where a State is indebted internally only, it may be bound by legislation and by constitutional guarantees of protection of property. Additionally, human rights guarantees in international treaties may establish further obstacles. Significantly enough, however, property (or 'possessions') enjoys protection only at regional level,[12] not within the universal framework of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Foreign debt has different component elements. It comprises, e.g., rights to reparation entailed by internationally wrongful acts as well as obligations to repay loans granted in inter-State relations or by international financial institutions (IFIs). On the other hand, private loans also enjoy protection albeit under a different regime. Protection of foreign property pertains to the core elements of aliens' law, any arbitrariness enabling the home State of the creditor to intervene on behalf of its nationals.

2.2. *Public Debt*

To date, State debts resulting from tortuous action under (public) international law and debts—or indebtedness—resulting from massive borrowing have generally been dealt with as separate phenomena. On the one hand, the large-scale reparation commitments entailed by violations of *jus ad bellum* or *jus in bello* have been analyzed by a small group of specialists whose conclusions have found

---

[11] The definition of domestic debt may arouse controversy. Different criteria can be used, either the nationality of the creditors or the proper law of the loan contracts.

[12] European Convention on Human Rights, [First] Protocol, Article 1; American Convention on Human Rights, Article 21; African Charter of Human and Peoples' Rights, Article 14. To date, the European Court of Human rights (ECtHR) has not been called upon to rule on a case of debt restructuring. But see the case of *Kovacic and Others v. Slovenia*, Applications 44574/98, 45133/98 and 48316/99, Judgment, 3 Oct. 2008, para. 256, which had to assess some of the financial consequences of the break-up of the former Yugoslavia.

little interest within the general framework of international responsibility.[13] The Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts (ARS), elaborated by the International Law Commission (ILC) during a long process of several decades and eventually adopted in 2001,[14] follow mostly the 'one size fits all' recipe, with only minor deviations for "Serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law" (Articles 40, 41). In any event, the ground-rule that "The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act" (Article 31(1)) is the same for all classes of breaches of international law.[15] It was indeed the particular pride of the 'Ago model' to elaborate a set of secondary rules that could be resorted to under any circumstances, whatever the factual subject matter of the infringement concerned.[16] No account is taken of situations of financial incapacity, the list of "Circumstances precluding wrongfulness" (Articles 20–27) contemplating essentially other incidental occurrences.[17]

On the other hand, instances where States find themselves unable to service the loans contracted by them with international lenders, States or IFIs, have generally not been acknowledged as coming within the purview of State responsibility although in a technical sense legal logic leaves no doubt: non-repayment of debts incurred under international law gives rise to international responsibility.[18]

---

[13] Outstanding monographs have been written by Pierre d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Brussels/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002; A. Gattini, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 2003.

[14] They were taken note of by the General Assembly through Resolution 56/83, *Responsibility of States for internationally wrongful acts*, UN Doc. A/RES/56/83, 12 Dec. 2001.

[15] Confirmed by the ICJ in *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, I.C.J. Reports 2005, 168, at 257, para. 259. The legal literature follows the Chorzów doctrine without any hesitation, see, e.g., J. Barker, "The Different Forms of Reparation: 'Compensation'", in J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 600; D. Shelton, "Reparation", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, margin note 2; S. Wittich, "Compensation", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, margin notes 15, 16. See also Security Council Resolutions UN doc. S/RES/387 (1976) relating to attacks of South Africa against Angola (para. 4), UN doc. S/RES/455 (1979) relating to attacks of South Rhodesia against Zambia (para. 5), UN doc. S/RES/475 (1980) relating to attacks of South Africa against Angola (para. 6), UN doc. S/RES/527 (1982) relating to attacks of South Africa against Lesotho (para. 2).

[16] Roberto Ago was the second Special Rapporteur of the ILC on the topic of State responsibility. It was his idea to establish a regime of secondary rules detached from the primary rules of conduct, see his working Paper *Yearbook of the International Law Commission* 1963, vol. II, 253.

[17] See below section 4.

[18] A. Reinisch, *State Responsibility for Debts. International Law Aspects of External Debt and Debt Restructuring*, Wien, Böhlau, 1995, 47, 50.

One of the reasons explaining this disregard may be the fact that the number of financial transactions covered by public international law is relatively limited. Numerically, private loans or bonds commercialized in the private sector make up the vast majority of credit transactions. Such private transactions are not directly regulated by public international law, enjoying nonetheless the protection of the classic rules of aliens' law.[19] There are some well-known examples where the public-law nature of international debt in a State-to-State relationship was clearly acknowledged.[20] Moreover, the loans granted by IFIs to States are generally to be classified as transactions governed by public international law if no specific clauses have been agreed upon that provide for the applicability of private law.[21] If a State has lost any trustworthiness as a debtor public-sector lending may eventually remain the last source to which that State may turn for rescue, not being able any more to tap the private capital market. Thus, in the case of Greece after the latest bailout in March 2012 the percentage of private capital seems to have fallen to a percentage of only 27 per cent.[22]

Not all public sector money is channelled to a borrowing State on the basis of an international agreement. At first glance, a conventional regime seems to constitute the natural legal instrument for transactions occurring between a lender and a borrower. It is highly significant, however, that the International Monetary Fund has followed a constant line according to which stand-by-arrangements to Member States must be understood as unilateral decisions of the Fund and not as (bilateral) agreements.[23] This characterization has the great advantage

---

[19] The relevant cases of failed service of loans or bonds, adjudicated by the PCIJ, were all brought in the exercise of diplomatic protection: *Serbian Loans*, Series A No. 20, 12 July 1929; *Brazilian Loans*, Series A No. 21, 12 July 1929.

[20] Arbitral Award in the *Matter of the Diverted Cargoes* (*Greece v. Great Britain*), 10 June 1955, ILR 22 (1955), 824. Likewise, all the obligations resulting from the Lend-Lease Agreement between the United States and the United Kingdom on 23 February 1942, available at: http://www.historyguy.com/worldwartwo/lend-lease.htm, providing for delivery of defence materiel, were of a public law nature.

[21] See, e.g., A. Broches, "International Legal Aspects of the Operation of the World Bank", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 98, 1959-II, 339–343; D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed. vol. 2, London, Stevens & Sons, 1970, 1000; M. Mosler, *Finanzierung durch die Weltbank*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, 66–68, 151–153.

[22] L. Thomas, "Next time, Greece may have to work much harder", *International Herald Tribune*, 10–11 March 2012, 12.

[23] See IMF, Guidelines on Conditionality, Decision No. 6056-79/38, March 2, 1979, *Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund*, Twenty-First Issue, Washington, International Monetary Fund, 1996, 99; comments by E. Denter, *Law and Policy of IMF Conditionality*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 99–103; P. Lucke, *Internationaler Währungsfonds. Strukturen, Finanztransaktionen und Konditionalität aus völkerrechtlicher Sicht*, Münster, LIT, 1996, 91–111.

of increased flexibility in that the rigours of the *pacta sunt servanda* principle are avoided.

2.3. *Common Features of Public and Private Debt Restructuring*

Even at short glance one finds a series of common features that tend to suggest that similar solutions should be found to insolvency situations or situations of grave financial emergency, irrespective of their classification as pertaining to the world of public international law or that of private law.

a) First, it stands to reason that the State as debtor has many peculiar features. Whereas an insolvency procedure targeting commercial undertakings may lead to the total liquidation of the debtor, involving the sale of the different remaining assets in bits and pieces, States cannot possibly be dispensed with and cannot be disbanded. National territory cannot be surrendered to the creditors since such a transaction would run counter to the right of self-determination of the people. States are the organizational form of the people living within their boundaries. Each State has, or should have, a government which takes care of the well-being of the inhabitants, in particular of their security. To deprive it of any means to discharge its duties would not only endanger all classes of human rights but would at the same time automatically endanger international peace and security.[24] In other words, it lies also in the interest of the international community to maintain a system of government for each and every people, and yet the international community lacks truly effective means to take care as custodian of States that have lost their stability, as borne out by all instances where the United Nations had to assume, for a limited period of time, the main functions of governance. The peoples themselves must establish good order in their domestic relationships. Self-determination, as a principle that pertains to the class of *jus cogens*,[25] burdens them with assuming responsibility for their own fate; at the same time, self-determination operates as a shield that debars other actors from interfering in internal matters in a way that affects the basic orientation of national policies. In sum, the survival of a State, even if it is overburdened with debt, is an imperative requirement not only of legal policy, but also of international law in its present configuration.

b) It need not be emphasized specifically that creditors deserve protection. No State should be at liberty to deal with foreign debt as it sees fit, according to its

---

[24] See, e.g., R. Ago, Special Rapporteur of the ILC, *8th Report on State Responsibility*, UN doc. A/CN.4/318/Add.5–7, *Yearbook of the International Law Commission* 1980, vol. II, Part One, 14, para. 2; Dissenting vote Judge Lübbe-Wolf, German Constitutional Court, Judgment of 8 May 2007 (on Argentinean debt), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 118, 146, at 160; English version: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ms20070508_2bvm000103en.html, margin note 89.

[25] But see the cautious comment by D. Thürer & T. Burri, "Self-Determination", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, margin note 45.

whims and fancies. The principle of '*pacta sunt servanda*' is essential in international relations. Where '*pacta sunt servanda*' is put in jeopardy, no trust can arise between and among international actors. It would be the end of international commerce if contracts could be infringed without any sanction looming over the tort-feasor. In international law, too, treaties are the backbone of transboundary transactions. Treaties whose breach would not be sanctioned could bring the entire edifice of international law to collapse.

c) If measures of adjustment prove unavoidable, it becomes a fundamental requirement that all creditors be treated according to a yardstick of perfect equality.[26] Any kind of insolvency procedure where debt is restructured must strive to demand the same kind of sacrifice of all creditors. Should some creditors receive special advantages, none of the other creditors would be prepared to forego the entitlements which it rightfully holds.[27] Even in domestic law it is normally extremely controversial to define categories of creditors who deserve preferential treatment. In the international arena, one is at great pains to find grounds that would justify granting a privileged position to any specific group. In this regard, private or public debt cannot be distinguished. Equality of treatment is a basic axiom. Yet, IFIs generally demand being exempted from measures of debt relief, arguing that they must retain their quality as lenders of last resort.[28]

d) Lastly, in cases of insolvency or quasi-insolvency situations there is generally a clear need to protect the debtor country, whatever the reasons that may have brought it to the brink of collapse. Since, as pointed out, States as the organizational form of a people must survive by necessity, the international community has a vivid interest in identifying mechanisms fulfilling that purpose. '*Fiat justitia pereat mundus*' cannot be the motto according to which to address situations of financial emergency. In that regard, public and private debt represent the same kind of threat to the viability of a country. Adjustments to the ordinary operation of legal relationships become necessary. It will be the principal aim of the following reflections to find out to what extent the applicable positive law corresponds to this requirement and what reforms, if any, may be suggested to establish a legal framework that corresponds better to a just balance between the interests of creditors and debtors.

---

[26] See, e.g., C. Holmgren, *La renégociation multilatérale des dettes: Le Club de Paris au regard du droit international*, Brussels, Bruylant, 1998, 142–183; Reinisch, *State Responsibility*, 32–36.

[27] Addressing the issue of holdouts Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2nd edn., Oxford, Oxford University Press, 2008, 736–738.

[28] The haircut hitting private-sector loans to Greece, effected in March 2012, did not encompass the loans granted by national central banks and by the European Central Bank.

3. International Practice

3.1. *Liability Under Public International Law*

3.1.1. Liability for Tortuous Acts

With regard to reparation, the key element of the system of international responsibility as it has been codified by the ILC is the rule pursuant to which a responsible State is to make 'full reparation' for the injury caused by an international wrongful act (Article 31(1) ARS). This rule is generally traced back to the dictum of the Permanent Court of International Justice in the *Chorzów* case to the effect that

> reparation must, so far as possible, wipe out al the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.[29]

Nothing seems to be more persuasive and self-evident than this very simple proposition. A wrongdoer must make good the harm it has caused. Looking back into the past of legal history, one could for instance refer to sources of Roman law to find the same logic.[30] And it is certainly true that under normal circumstances the duty of making full reparation does not constitute a legal fiction, but may operate effectively to the benefit of all States. It contains no discriminatory elements. Depending on accidental circumstances, a State may find itself in some instances on the side of holders of a right to reparation and on other occasions on the side of wrongdoers obligated to make good the harm caused by them. For individual cases of wrong-doing the rule does not give rise to any doubts. Its content flows directly from natural justice.

However, what is appropriate for individual cases may not be the adequate solution for situations of mass damages, in particular after a war when the compensation due would rise to amounts that simply cannot be shouldered by the economy of the debtor country. The ARS do not take account of such extraordinary situations. When they were adopted on first reading in 1996 they contained a provision providing (Article 42(3)): "In no case shall reparation result in depriving the population of a State of its own means of subsistence".[31]

This provision was deleted during the deliberations on the amendments proposed by the Special Rapporteur for the second reading, James Crawford. In his Third Report, Crawford argued that there was no real need to provide for situations of overburdening with debt since one might envisage 'the plea of necessity

---

[29] Permanent Court of International Justice (PCIJ), *Factory at Chorzów*, Merits, 13 Sept. 1928, Series A, No. 17, 47.

[30] Reference might be made to the Roman *Lex Aquilia*, see, e.g., A. Borkowski & P. du Plessis, *Textbook on Roman Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, 318–329.

[31] *Yearbook of the International Law Commission*, II, 1996, Part Two, 58, at 63.

or force majeure as a basis for delaying payments which have become due'.[32] And he added:

> [T]he amounts actually awarded or agree to be paid by way of compensation since 1945 are relatively small in relation to the total public finances or public debt of the States concerned.[33]

This statement overlooks that negotiations for the settlement of the financial consequences after World War II were still underway many years after 1945.[34] The invasion of Kuwait by Iraq in 1990 showed anew that huge amounts of compensation may be in issue as a consequence of an armed conflict.[35] More recently, the war between Eritrea and Ethiopia highlighted once again the difficulties countries are bound to tackle when essential parts of their economies were destroyed by armed operations.[36] Thus, the key issue remains although tragic events of the relevant magnitude do not happen frequently: how should situations of financial emergency be dealt with? Can the law simply close its eyes to exceptional situations that require regulation? Admittedly, international law is not a comprehensive system that contemplates any imaginable factual configurations, but rather a somewhat haphazard ensemble of principles and rules that have arisen in response to actual problems demanding concrete answers. Therefore, the historical precedents are generally seen as isolated cases, not as precedents to be included in a special class that should be subjected to a regime adjusted to their specificities.

It is common knowledge that the most prominent example of unmanageable debt was entailed by Article 231 of the Peace Treaty of Versailles, which provided:

> The Allied and Associated Governments affirm and Germany accepts the responsibility of Germany and her allies for causing all the loss and damage to which the Allied and

---

[32] The deletion was supported, in particular, by the United States and Japan, see A. Gattini, "The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations", *European Journal of International Law*, 13, 2002, 163.

[33] *Yearbook of the International Law Commission*, II, 2000, Part One, 21 paras. 41, 42.

[34] No full debate took place in the plenary, but see statement by Chairman of the Drafting Committee, C. Rodrigues, *Yearbook of the International Law Commission*, I, 1996, 153, para. 19.

[35] In Resolution S/RES/687 (1991), 3 April 1991, para. 16, the Security Council determined that Iraq "is liable under international law for any direct loss, damage—including environmental damage and the depletion of natural resources—or injury to foreign governments, nationals and corporations as a result of its unlawful invasion and occupation of Kuwait".

[36] See the two final awards of the Claims Commission of 17 August 2009, Permanent Court of Arbitration (PCA), *Eritrea's damages claims (Eritrea v. Ethiopia)*, Final Award, available at: http://www.pca-cpa.org/upload/files/ER%20Final%20Damages%20Award%20complete.pdf and at: http://www.pca-cpa.org/upload/files/ET%20Final%20Damages%20Award%20complete.pdf.

> Associated governments and their nationals have been subjected as a consequence of the war imposed upon them by the aggression of Germany and her allies.[37]

Article 232 took into account to some extent the limited capability of Germany to make good the injuries for which compensation was owed.[38] Nonetheless, the sums at stake were so tremendous that it soon turned out that complete fulfilment of the duty of reparation was impossible. Protracted negotiations followed which ended in a payment schedule that, however, the German Reich was unable to comply with. A new basis for the servicing of Germany's war debt was introduced through the Dawes Plan of 9 April 1924,[39] according to which the payments due were to be made from three sources: taxes, railways, and industrial debentures (Article IX). In spite of the reduction of the overall burden by the Dawes Plan, however, Germany's capacity was still overstretched by the payments agreed under its rules. After a few years, the Young Plan drew up a new regime that again alleviated Germany's debt burden.[40] Lastly, shortly before Adolf Hitler came to power in Germany, the Lausanne Convention on the Redemption of the Reparations Payments put an end to the reparations regime by stipulating that Germany had to deliver to the Bank for International Settlement redeemable bonds to the amount of 3 billion reichsmarks gold.[41] In sum, it took almost 13 years to accommodate the needs and interests of all parties involved. The creditors, after their original insistence on full reparation, realized progressively that their claims had to be reduced in order to re-establish peaceful conditions in Europe. Unfortunately, the generous concessions came too late to stop the ascendance of the national-socialist party in Germany with its catastrophic consequences for mankind as a whole.

After World War II, no peace treaty with Germany was concluded. At a first stage, the Allied Powers took unilateral decisions on Germany and its war debt. No personalities were present in Germany who the Allied Powers were prepared to accept as valid interlocutors for a negotiation. At their Conference in Yalta in February 1945, they made clear that Germany should make compensation for the damage caused 'to the greatest extent possible'.[42] This statement was reiterated in the Potsdam Agreement of 2 August 1945, a few months after Germany's mili-

---

[37] Reprinted in W.G. Grewe (ed.), *Sources Relating to the History of the Law of Nations*, vol. 3/2, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1992, 696.

[38] For a detailed account see d'Argent, *Les réparations de guerre*, 72–103; Gattini, *Le riparazioni di guerra*, 171–188; Holmgren, *La renégociation multilatérale des dettes*, 25–41.

[39] Reprinted in Grewe, *History of the Law of Nations*, 734.

[40] See the Hague Final Act Confirming the Acceptance of the Young Plan, 20 January 1930, *ibid.*, 757.

[41] Of 9 July 1932, *ibid.*, 764.

[42] Declaration of Yalta, 11 February 1945, reprinted in I. von Münch (ed.), *Dokumente des geteilten Deutschland*, Stuttgart, Kröner, 1968 5, Section III.

tary surrender (Section IV).[43] The words 'to the greatest possible extent' indicate the awareness that full reparation was impossible and that the reparation payments would have to be tailored to what Germany would be able effectively to deliver. Some measures were carried out with immediate effect. All German foreign assets were confiscated. Additionally, large removals from German industrial capital equipment were authorized. Lastly, the Allied Powers determined that in lieu of financial compensation Germany should pay in hard substance by ceding parts of its territory. The Potsdam Agreement established the Oder-Neiße line as the provisional eastern border of Germany, to be confirmed in a later peace treaty. Many different considerations motivated that decision. Obviously, one of the primary aims was to weaken the German State so that it could never again rise to the status of a powerful actor able to disturb the peace in Europe. On the other hand, it was also clear that the loss of roughly one quarter of Germany's territory was meant to constitute war reparation for all the damage that the members of the victorious alliance had suffered; yet the substantive benefits accrued solely to the two most affected nations, Poland and the USSR.

Since due to the outbreak of the Cold War no peace conference was convened, the issue of war reparations remained pending. No comprehensive settlement was reached. The London Agreement on German External Debts of 27 February 1953,[44] concluded by the Federal Republic of Germany mainly with Western creditors, provided (Article 5(2)):

> Consideration of claims arising out of the second World War by countries which were at war with or were occupied by Germany during that war, and by nationals of such countries, against the Reich and agencies of the Reich, including costs of German occupation, credits acquired during occupation on clearing accounts and claims against the Reichskreditkassen shall be deferred until the final settlement of the problem of reparation.

Eventually, it was the Two-plus-Four Treaty of 12 September 1990 on German re-unification[45] which brought the end of the debate on reparations. Not a single word in that Treaty referred to the issue of reparations. The deferral became the definitive outcome. It was clear to all participants that Germany's territorial losses were the price the former aggressor had to pay for its breaches of the international legal order by launching World War II and committing endless grave violations during that war. Thus, Germany was spared the fate of the Weimar Republic, i.e. overburdening with debt, but had to accept a considerable reduction in size as a corollary of its reunification.

All the other peace treaties concluded after World War II were modelled in a similar fashion. In no case did those treaties provide for complete reparation of

---

[43] *Ibid*., 32; available at: http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage_id=2981.
[44] 33 UNTS 3; available at: http://www.mzv.cz/file/198495/ExternalDebts.pdf.
[45] ILM 30 (1991) 570.

all the losses caused by the unlawful military activities of the nations concerned but confined themselves to fixing lump sum payments. Thus, the Peace Treaty with Italy of 10 February 1947[46] specified that Italy had to pay an amount of one hundred million US dollars to the Soviet Union, and another amount of one hundred twenty-five million US-dollars to Yugoslavia. These amounts were definitive and had been calculated on the basis of rough estimates. Smaller shares were allocated to Albania, Ethiopia and Greece (Article 74). Additionally, the nations members of the victorious alliance were authorized to liquidate and dispose of all Italian foreign assets (Article 79). Notwithstanding their volume, these resources may not have made up to their full extent the relevant war damages. Yet it was thought useful, for the sake of a better future 'and in conformity with the principles of justice',[47] to keep the reparation payments in modest dimensions in order to permit Italy a fresh start within the community of nations.

Similar clauses are to be found in the other peace treaties of 10 February 1947 with the former axis powers, allies of Nazi Germany. Bulgaria[48] had to pay a modest amount of 70 million dollars to Greece and to Yugoslavia in partial reparation only of the losses caused, taking into account that it had withdrawn from the alliance with Germany and had eventually participated in the fight against it (Article 21). On the same grounds, the compensation owed by Finland to the Soviet Union was limited to 300 million US-dollars (Art. 23).[49] The amounts to be paid by Hungary were also fixed at a sum of 300 million US dollars, the recipients being the Soviet Union, Czechoslovakia and Yugoslavia (Article 23).[50] Lastly, Romania, too, had to accept compensation in the amount of 300 million dollars, to be paid to the Soviet Union (Article 22).[51] In all of these cases, it was determined that the compensation due was to be paid over a couple of seven to eight years so that effectively discharging the debt burden would become feasible. In other words, great care was taken to ensure that those countries, although they had taken part in aggressive wars, would be able to recover and to regain economic strength without having to complain that they would be strangled by their reparation obligations. The claims of the victims were satisfied, but only to a sustainable degree.

Compromise was also the guiding principle of the Peace Treaty concluded by the Allied Powers, the lead nation of which being the United States, with Japan at San Francisco on 8 September 1951.[52] The tone was set by the introductory provision of the Chapter on Claims and Property' (Article 14 a)):

---

[46] 49 UNTS 3; available at: http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1948/2.html.
[47] Preamble, para. 4.
[48] Peace Treaty, 10 February 1947, available at: http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1948/2.html.
[49] *Ibid.*
[50] *Ibid.*
[51] *Ibid.*
[52] 136 UNTS 45; available at: http://www.taiwandocuments.org/sanfrancisco01.htm.

> It is recognized that Japan should pay reparations to the Allied Powers for the damage and suffering caused by it during the war. Nevertheless it is also recognized that the resources of Japan are not presently sufficient, if it is to maintain a viable economy, to make complete reparation for all such damage and suffering and at the same time meet its other obligations.

On this basis, negotiations were to be initiated with all the countries that had suffered from Japanese war operations. Additionally, all Japanese foreign assets were confiscated as in the case of Germany.[53] But it was clear from the very outset that full and complete reparation could not and should not be the aim of the settlement process. On the whole, the sums provided by Japan to its former enemies were considerable.[54] But Japan was not suffocated by the reparation commitments it had to accept.

The system of reparation organized after the invasion of Kuwait by Iraq can also be called a milestone in the history of peace settlements. Since the powers that had defeated Iraq found it impracticable and inconvenient to sit down at a negotiating table with Iraqi dictator Sadam Hussein, the Security Council assumed the responsibility for determining the conditions of reparation. Iraq's responsibility had been determined by Resolution 687 (1991). On that basis, the Security Council established, by Resolution 692 (1991), the United Nations Compensation Commission (UNCC). The Fund administered by the UNCC was to be filled by earnings from the sale of petroleum and petroleum products. However, although the principle of full reparation was maintained, taking into account the vital needs of the Iraqi population a ceiling of 30% of the annual value of the exports of those products was set (Resolution 705 (1991) para. 2). In 2003, the percentage was reduced to 5% (Resolution 1483 (2003) para. 21). The awareness that the irrational decisions of the dictator had led his country into the catastrophe of the military defeat helped pave the way for that limitation of the reparation process. Thus, the Iraqi people were not totally cut off from their export revenues. On the other hand, the principle of full reparation was not abandoned. The UNCC has not yet terminated its work. While all smaller claims have been settled, some major items are still open. In particular, it seems that to date no clear ideas have been conceived as to the ways and means for the reparation of the immense environmental damages the Iraqi forces caused when withdrawing from Kuwait.[55]

In the most recent past, the war between Eritrea and Ethiopia brought again to the fore the issue of a cap on reparation payments. The Claims Commission, in its arbitral awards of 17 August 2009, emphasized the guarantee, stipulated in both

---

[53] For a detailed account of the peace settlement with Japan see d'Argent, *Les réparations de guerre*, 267–296.

[54] For some estimates see http://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_of_San_Francisco.

[55] Claims for environmental damage ('F4') have not yet been fully reviewed, see further at: http://www.uncc.ch/claims/f_claims.htm.

International Covenants, that a people may in no case "be deprived of its own means of subsistence" (Article 1(2)).[56] Eventually, this premise did not become operative since it turned out that the amounts owed by one party towards the other were largely equal. When the reparation claims were set off against another, only a relatively modest amount to the benefit of Ethiopia remained, an amount that could not be deemed to infringe the basic rule of protection of vital needs of the Eritrean population.[57]

3.1.2. Liability from International Borrowing

Also in respect of international borrowing, creditors have many times accepted to take account of emergency situations hitting their debtors. In the first place, the 'Paris Club' must be mentioned, a 'non-institution' where creditor States meet to discuss issues of non-payment of official debt by debtor States.[58] It originated informally in 1956 and saw its importance rise over the years, especially after the debt crisis of 1980/1981. To date, the treatment given to individual countries depends to a great extent on the specific circumstances characterizing their economic and financial situation. No comprehensive general pattern of conditions imposed for debt relief has emerged. However, the Paris Club generally requires the country concerned to adopt a stabilization programme approved and monitored by the IMF. Debt relief by forgiveness is the ultimate remedy, granted only to the most indebted countries. In any event, the practice inaugurated by the Paris Club shows once again that non-compliance with sovereign debt is not simply measured by the yardstick of the ILC's ARS. The creditor nations are fully aware of their responsibilities and at the same time of their long-term interests. Retaliation by countermeasures would make the situation even worse. Thus, the usual mechanisms of the law of State responsibility designed to compel a recalcitrant State to abide by its obligations become inoperative. Nations that would break down under the weight of their debt, cut off from any form of credit from abroad and targeted by sanctions, would inevitably be secluded from the community of communication and cooperation that has arisen in the globalized world, feeling discriminated against and likely to assert their identity then in acts of resentful retaliation.

In the case of Greece, in order to rescue the country from bankruptcy, the European partners have made available huge amounts of funds contrary to

---

[56] PCA, *Eritrea's damages claims*, paras. 18–23.

[57] See comments by M. Krajewski, "Schadensersatz wegen Verletzungen des Gewaltverbots als *ius post bellum* am Beispiel der Eritrea-Ethiopia Claims Commission", *Heidelberg Journal of International Law*, 72, 2012, 172–3; M.J. Matheson, "The Damage Awards of the Eritrea—Ethiopia Claims Commission", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 9, 2010, 1–15.

[58] A good description is given by E. Cosio-Pascal, *The Emerging of a Multilateral Forum for Debt Restructuring: The Paris Club*, UNCTAD Discussion Paper No. 192, Nov. 2008.

the stipulations set forth in the TFEU. The main gist of those provisions is that neither the European Central Bank (Article 123) nor the other Member States (Article 125) should provide financial assistance to the other States of the Euro zone. Only one exception was made from that system of rigour through Article. 122, according to which such assistance is permissible if a Member State is "in difficulties or is seriously threatened with severe difficulties caused by natural disasters or exceptional occurrences beyond its control". These criteria are not met when the financial emergency must be attributed to bad governmental policies. Unfortunately, mishandling of the State budget cannot be classified as an 'exceptional occurrence' but seems to constitute the everyday practice of quite a number of governments inclined to make promises to their electorate much beyond the resources produced by tax revenue.

3.1.3. An Emerging New Custom?

The question is what inferences can be drawn from the examples cursorily described above. It is undeniable that international practice does take into account the precarious situation of countries that are unable to meet their financial commitments. Obviously, such practice cannot be as widespread and dense as in matters of daily intercourse between nations, for instance in the field of diplomatic relations. Financial crises bringing a country to the brink of insolvency do not occur frequently. They are not routine matters. Therefore, it is more important to note that in all major situations of financial collapse, or threat of such collapse, the international community has felt the need to intervene with some kind of rescue package, never insisting stubbornly on immediate and full performance. This observation would at the same time seem to indicate that the observable practice has a common element, namely the conviction that assistance must be provided lest the State concerned lose its viability. Yet we shall refrain from drawing final conclusions as to the existence of an *opinio juris*, the necessary second component of a rule of customary international law, before having examined that practice followed with regard to private-sector debt.

3.2. *Non-Payment of Private-Sector Debt*

Non-payment of debt owed by States to institutions of the private sector does not constitute an internationally wrongful act.[59] Loan contracts and the conditions under which bonds are issued are governed by private law. It is left to the parties concerned to choose the applicable law, and it depends on the economic strength

[59] E. Borchard, *State Insolvency and Foreign Bondholders*, vol. 1, *General Principles*, New Haven, Yale University Press, 1951, 118–120; O'Connell, *International Law*, 998; M. Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 280.

of the two sides which law is eventually preferred as being most convenient. When a State issues bonds, it does not confront a single partner at the negotiating table. Bonds are bought by investors at the conditions unilaterally determined by the issuing government which, at a first stage, has to reach agreement on those terms with an investment bank entrusted with placing the bonds. It is understandable that governments mostly wish to choose their own law as the *lex contractus*, but may be compelled to accept current market conditions in order to promote the chances of their bonds being accepted by the potential buyers. The law of England or the law of New York provide the most complex answers to any issues that may arise in connection with the life cycle of bonds. Thus, initially non-payment, a violation of the conditions under which the bonds have been issued, remains outside the realm of international law.[60] International responsibility presupposes the breach of an international obligation of the State concerned (Article 2 (b) ARS).

According to international case law, a different assessment is warranted if a State unilaterally repudiates its foreign debt. Such action is considered arbitrary and therefore as an infringement of basic rules of international aliens' law.[61] Debtor countries are therefore legally bound to enter into negotiations with their creditors with a view to obtaining some consensual restructuring of their debt.

The relevant practice demonstrates that States which find themselves in difficult financial circumstances generally attempt to reach agreement with their creditors on the basis of mutual concessions. The London Club, primarily made up of commercial banks, meets according to actual needs in London to negotiate with sovereign debtors that are unable to meet their financial obligations.[62] Banks know that emphasizing the binding nature of the commitments undertaken by their debtors cannot be conducive to an outcome that satisfies both sides.[63] To hammer out a compromise is in many situations the only realistic prospect. Of course such non-compliance is never cost-free. When a country having negotiated a restructuring of its debt returns at a later stage to the financial market, it will have to face stiffer conditions that take into account the unreliability shown in the past.

---

[60] See Mixed Claims Commission France—Venezuela, *Ballistini v. Venezuela*, 1902, *RIAA* X, 18, at 20.

[61] O'Connell, *International Law*, 998.

[62] For more details see, in particular, Lowenfeld, *International Economic Law*, 681–733; S. Schlemmer-Schulte, "The Argentine Bonds case", in A. Fischer-Lescano *et al.* (eds.), *Peace in Liberty. Festschrift für Michael Bothe*, Baden-Baden, Nomos/Dike, 2008, 979, 1002–1004; C. Walter, "Debt Crises", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

[63] Private bondholders, who are widely dispersed in the world, lack such a well-organized forum.

Many initiatives have been taken over the course of the years to alleviate the problems to be confronted by debt-stricken countries, in particular after the first Argentine crisis in 1981. Awareness grew that steps had to be taken by the international community to avert worst case scenarios. As pointed out by Daniel Bradlow,[64] during a first stage (1982–1985) the IMF insisted on full compliance by the debtor countries with their commitments. After that initial phase, it struggled to balance *pacta sunt servanda* and *rebus sic stantibus* (1985–1988), but the Baker Plan based on that philosophy had no real success. The next phase (1988–2007) is labelled 'triumph' of *rebus sic stantibus* by Bradlaw since the Brady Plan guided the rescue operations, encouraging banks to securitize their sovereign loans by concerting them into bonds (Brady bonds).[65]

For the least developed countries of the world, considerable relief was provided by the Highly Indebted Poor Country (HIPC) Initiative. The basic idea was that in the case of those countries it was not enough to restructure debt, but that additionally forgiveness had to be envisaged in order to permit them to gain solid ground. After some initial hesitations by the IFIs, the Multi-Lateral Debt Initiative (MDRI) was approved, which does indeed provide for debt relief from the IFIs themselves. This mechanism extends primarily to official debt whereas private-sector creditors have not been included to a sufficient degree in the scheme, given the any enforcement mechanism suited to subject them also to the policy of relief is lacking.[66] However, the general direction is clear. It is increasingly acknowledged that both categories of lenders have to make sacrifices in order to prevent the weakest countries from going down without any prospect of being salvaged at any time.

A major initiative was launched by the IMF in April 2002. In a pamphlet entitled "A New Approach to Sovereign Debt Restructuring", Anne Krueger, First Deputy Managing Director of the IMF, described in detail the suggestion that a procedure be introduced according to which debtor countries could request restructuring of debt that has become unbearable for them (Sovereign Debt Restructuring Mechanism, SDRM).[67] An appropriate amendment of the Statute of the IMF would have been the most elegant way to establish such a mechanism which would of course have required equal treatment of all creditors. In other words, a (super)majority of creditors would have obtained the power to make binding determinations on

---

[64] D. Bradlow, "Developing Countries Debt Crises, International Financial Institutions, and International Law: Some Preliminary Thoughts", *German Yearbook of International Law*, 51, 2008, 122–128.

[65] See also Schlemmer-Schulte, "The Argentine Bonds case", 1005.

[66] See Bradlow, "Developing Countries Debt Crises", 129–131.

[67] See http://www.imf.org/external/pubs/ft/exrp/sdrm/eng/sdrm.pdf. For comments see M. Chiara Malaguti, "Sovereign Insolvency and International Legal Order", *International Community Law Review*, 11, 2009, 318–320; Schlemmer-Schulte, "The Argentine Bonds case", 1010.

appropriate restructuring, even against the opposition of a minority group. Unfortunately, this proposal met with considerable resistance. It was dropped by the IMF in 2003 and has not been revived since then.[68] This failure constitutes a vivid reminder that general ideas about global justice, although steadily progressing, have not yet won a decisive victory.

It is one of the main challenges in debt restructuring to find a common regime for all kinds of debts, obligations towards private lenders, to official lenders and eventually also to lenders from the relevant country itself (domestic debt). In fact, if a country is overburdened with debt, comprehensive solutions are necessary. It is not enough to grant relief in one sector only. Significantly enough, many conventional instruments have clearly perceived this necessity. In particular the peace treaties after World War II established that the relevant waiver clauses did not only encompass claims in inter-State relationships but that also private claims had to be renounced. Pursuant to its Peace Treaty of 1947 (Article 77(4)) Italy waived 'on its own behalf and on behalf of Italian nationals all claims against Germany and German nationals', and a similar clause was inserted in the 1951 Peace Treaty between Japan and the United States (Article 19(a)).[69] Likewise, the London Agreement on German External Debts[70] also treated both types of debt in an identical fashion (Articles 4, 5).

The need for such a concerted action was clearly perceived in the case of Greece in March 2012. The provision of new bailout funds by the Member States of the Euro zone in the amount of 130 billion Euros was made dependent on the acceptance of the private financial sector to write down 53.5% of its holdings against Greece. Only after that sacrifice had been consented to were the governments prepared to continue their efforts to save Greece from insolvency. As a consequence of this transaction, as was already pointed out, Greece's debt towards the private sector has now fallen to no more than 27 per cent.

4. The Legal Framework

The rules of the law of international responsibility that deal with non-fulfilment of international commitments on exceptional grounds do not do justice to the phenomenon of financial emergency. For lawyers who are used to thinking in clear-cut categories, viewing the application of legal rules more or less like

---

[68] See IMF, *Annual Reports* 2003, 31–33. See comment by C. Paulus, "What Constitutes a Debt in the Sovereign Debt Restructuring Context?", in Ligustro & Sacerdoti (eds.), *Problemi e Tendenze*, 234.

[69] "Japan waives all claims of Japan and its nationals against the Allied Powers and their nationals arising out of the war or out of actions taken because of the existence of a state of war . . ."

[70] London Agreement on German External Debts of 27 February 1953 (see note 44 above).

a mathematical game, the intrusion of the unforeseen has a truly frightening aspect. For politicians, on the other hand, confronting crises pertains almost to daily routine. They know that they must seek solutions to existential problems that are susceptible of threatening international peace and security. Fortunately, international law has taken many decisive steps forward in comparison to the position as it existed half a century ago. There is now a body of firm rules, in particular *jus cogens*, that may not be derogated from under any circumstances.[71] Thus, the ban on the use of force stands as a *rocher de bronce* although many times irresponsible conjectural talk attempts to downgrade it, being prepared to sacrifice it in the name of so-called higher interests of national security. However, within the broad field of general international law there is wide room for compromise and accommodation not only under the pressure of political considerations, but in consonance with the general ideas of justice that permeate the entire body of international law. Unavoidably, the question arises whether these ideas may, under specific circumstances, require strict rules to adjust to imperatives of equity.

4.1. *Coercion and Distress*

Under the law of international treaties as well as within the framework of international responsibility, coercion is a ground that derogates from the ordinary regime. In respect of the law of treaties, Article 51 VCLT establishes that a treaty procured by coercion against the representative of a State shall be without any legal effect. Only acts directed against the person of the representative, threatening his life, physical integrity or freedom, come within the scope of that provision. It has been rightly observed in the relevant literature that in case of absolute violence one could not speak of invalid consent since no true consent was given.[72] Hence, the alleged act of consent does not exist. There is no need to have recourse to Article 51 in order to demonstrate that no binding effect has been produced through the relevant declaration, which was involuntary. Article 24 ARS contemplates an even more serious situation. The person charged with committing an internationally wrongful act had no other choice than to act as he/she did since this was the only reasonable way to save his/her life or the life of other persons entrusted to his/her care. This clause needs no explanation. It comes into operation only in extreme circumstances.

---

[71] See Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international".

[72] G. Distefano, "Commentary on Article 51 [VCLT]", in O. Corten & P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1193, paras. 32, 33. M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 633, does not mention the distinction.

It appears at first glance that neither of these grounds can have any relevance in respect of the accumulation of excessive State debt. In no case can such a situation have been caused by unlawful pressure being exercised against a governmental agent. Excessive State debt constitutes a structural problem, it can never be the result of any accidental occurrences. Distress must therefore be discarded as being susceptible of justifying non-compliance with financial obligations.

4.2. *Force majeure*

Similar considerations apply to force majeure under Article 23 ARS. The facts conducive to the application of this provision are identified as "occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State". Indebtedness of a State has generally other causes. It may be that a major earthquake produces serious damages; one could also imagine that as a consequence of global climate change small Island States in the Pacific Ocean have to be abandoned, entailing also the collapse of the national currency. However, the real causes of default are invariably of a different nature, which need not be explained here. In the past, the understanding of force majeure was apparently somewhat larger, encompassing facts that under the ARS could be classified as a situation of necessity. Thus, in the *French Company of Venezuelan Railroads* case the umpire stated that non-payment of its contractual obligations by the State of Venezuela had its cause in force majeure since the Government found itself in a war situation:

> Its acts and its neglects were caused and incited by entirely different reasons and motives. Its first duty was to itself. Its own preservation was paramount. Its revenues were properly devoted to that end. The appeal of the company for funds came to an empty treasury, or to one only adequate to the demands of the war budget.[73]

Likewise, in the *Affaire de l'indemnité russe* the Permanent Court of Arbitration joined the view that indeed financial difficulties may reach the threshold of force majeure:

> L'exception de la force majeure, invoquée en première ligne, est opposable en droit international public aussi bien qu'en droit privé; le droit international doit s'adapter aux nécessités politiques. Le Gouvernement Impérial Russe admet expressément [...] que l'obligation pour un Etat d'exécuter les traités peut fléchir 'si l'existence même de l'Etat vient à être en danger, si l'observation du devoir international est [...] self destructive'.[74]

---

[73] PCA, *French Company of Venezuelan Railroads (France v. Venezuela)*, Award, 31 July 2005, RIAA X, 285, at 353.

[74] PCA, *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, Award, 11 Nov. 1912, RIAA XI, 421, at 443.

Although affirming in principle that force majeure can be invoked, the Court found eventually that its requirements were not met in the case at hand. Whatever importance one may attach to this precedent, the fact is that it does not reflect today's connotation of force majeure,[75] which has found its authoritative definition in Article 23 ARS.

4.3. *Necessity*

Accordingly, it is only the concept of necessity which may possibly serve as a defence for a State which has accumulated arrears in servicing its debt or has totally lost its capacity to make payments to foreign creditors. Necessity figures in the ARS (Article 25) with a fairly complex formulation. It requires that an act which would *per se* be unlawful under the applicable rule, "is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril" (para. 1(a)). Additionally, the scope of necessity is confined by the specification that the act concerned does not "seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists", or any essential interest of the international community (para. 1(b)). Lastly, Article 25(2)(b) provides that necessity may not be invoked if the State concerned "has contributed to the situation of necessity". The ICJ has recognized necessity as identified by the ILC as a ground precluding wrongfulness of an act which, per se, is not in conformity with international law.[76]

As such, the concept of necessity fits into the environment where financial difficulties may arise.[77] It does not focus on individual persons, but on the well-being of the State or society in general. However, the threshold is very high. Primarily, necessity is conceived as a temporary obstacle only affecting the capacity of a State to abide by its commitments, as suggested by the words "grave and imminent peril" and the additional proviso that compliance is required again if the circumstances precluding wrongfulness no longer exist (Article 27(a)).[78] By contrast, the concept of necessity does not openly take account of structural situations for which long-lasting remedial action may be required. Second, there are always other ways and means to tackle a crisis situation; mostly, a whole

---

[75] In the *Serbian Loans* case, the Permanent Court of International Justice, Series A No. 20, 12 July 1929, 39–40, denied in very brief words that World War I could have had any impact on the existing loans pursuant to the concept of force majeure.

[76] ICJ, *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary c. Slovakia)*, ICJ Reports 1997, 7, at 40, para. 51.

[77] For a detailed analysis of financial necessity in the past see Waibel, *Sovereign Defaults*, 88–102.

[78] See R. Dolzer, "Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht", in J. Jekewitz *et al.* (eds.), *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung. Festschrift für Karl Josef Partsch*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 552.

panoply of remedies can be imagined.[79] The most serious hurdle, however, is constituted by condition that the State concerned should not have contributed to the situation of necessity. It is almost inconceivable that a State threatened with insolvency has not contributed to the situation it is compelled to address.[80] Authors who contend that the contribution must at least have been substantial[81] have certainly good arguments supporting their position; in particular, they can rely on the ILC's commentary on Article 25.[82] But the fundamental problem is not resolved by that small adjustment of the scope of the rule. Even if the State concerned, represented by its government, can be made accountable for the debt owed to foreign creditors, it remains that limits must be set, defined by the vital needs of the population concerned, to the modalities of the responsibility incurred. The State and its population do not fully coincide. The construction of international law as a set of principles and rules governing relations between and among States must not obscure the fact that States are made up of real people—and it is in the last analysis people who matter.

In the jurisprudence of the ICSID tribunals it has emerged how little Article 25 ARS is adapted to coping with serious financial difficulties threatening a country. In *CMS v. Argentina* the Tribunal held that for various reasons the respondent could not invoke the defence of necessity as enshrined therein. It expressed doubts as to whether "an essential interest" of the State was involved in the matter and whether there was in this case a "grave and imminent peril". It added that the measures taken by Argentina "were not the only steps available" to safeguard its interest and that the successive governments had contributed significantly to the crisis.[83] On the other hand, in the following year, another ICSID Tribunal took the view that the crisis could not be mainly attributed to decisions and actions of the different Argentinean governments, hence permitting the respondent to avail itself of the ground of necessity.[84] Although the judgment in *CMS v. Argentina* was annulled by an *ad hoc* Committee,[85] the analysis of Article 25 ARS

---

[79] A. Osuna, "L'apport de la jurisprudence internationale en matière de nécessité économique et financière avant 1945", in: Société Française pour le Droit International (ed.), *Colloque de Grenoble—La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, 365. B. Stern, "La nécessité économique et financière", in *ibid*., 352, rightly observes: "En réalité, on a toujours une sorte de choix".

[80] C. Ohler, "Der Staatsbankrott", *Juristenzeitung*, 2005, 594.

[81] A. Reinisch, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherlands Yearbook of International Law*, 41, 2010, 155.

[82] *Yearbook of the International Law Commission*, II, 2001, Part Two, 84, para. 20: "[T]he contribution to the situation of necessity must be sufficiently substantial and not merely incidental or peripheral."

[83] ICSID, *CMS Gas Company v. The Argentine Republic*, case No. ARB/01/8, 12 May 2005, paras. 319–329.

[84] ICSID, *LG&E v. Argentina*, case No. ARB/02/1, 3 Oct. 2006, paras. 226–259.

[85] *Decision of the* ad hoc *Committee on the application for annulment of the Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/01/8, 25 Sept. 2007.

by the Tribunal could not be faulted. Additional support for the analysis carried out in *CMS v. Argentina* to the effect that no national emergency existed meeting the conditions of Article 25 ARS was provided by the judgment in *Sempra Energy International v. Argentina*, a pronouncement rendered three days only after the annulment decision in CMS. This latter Tribunal found again that the measures taken by Argentina were not the only means to overcome the crisis and that the State had massively contributed to the calamity.[86] The internal discrepancy in the jurisprudence of the ICSID arbitral bodies[87] remains unresolved to date. It has led to considerable irritation among all the stakeholders concerned.[88]

The Argentinean debt crisis has also become the subject-matter of domestic case law. In a case before the German Constitutional Court, the question had to be answered whether the rule of necessity, as recognized in public international law, extends its effect also to the field of legal relationships of Argentina with its creditors from the private sector. The Court denied the existence of such a general rule.[89] The opposite view was taken by a dissident judge in a separate vote, who contended that the measures permitted to a State to secure its existence should also be available vis-à-vis private creditors, given the human rights dimension of the defence of necessity.[90] It is certainly true that it would have been difficult for the Constitutional Court to give a different answer.[91] The Court would have had to engage in progressive development of the law, which in the field of international law is generally not the realm of a domestic judge.

4.4. *Tentative Conclusions*

The preceding analysis has shown that the *Chorzów* philosophy of full and complete reparation, which is also the philosophy of the private law of torts, is inadequate for dealing with large-scale calamities which have befallen a State.[92] Although the *Chorzów* philosophy is to some extent mitigated by the principle of necessity, it stands to reason that the strict requirements of that principle are excessively tilted towards the interests of the injured State. State insolvency can-

---

86 ICSID, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, case No. ARB/02/16, 28 September 2007, paras. 333–354.

87 Some more decisions were rendered which are not accessible on the internet. The case law remains divided.

88 See J. Kratz, "The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration", *ICSID Review*, 25, 2010, 210–214; A.H. Qureshi, "A Necessity Paradigm of 'Necessity' in International Economic Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, 41, 2010, 119; A. Reinisch, "Necessity in Investment Arbitration", *ibid.*, 137–158.

89 Judgment of 8 May 2007, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 118, 124; English translation: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ms20070508_2bvm000103en.html.

90 *Ibid.*, 146–167.

91 See Ohler, "Der Staatsbankrott", 594–595.

92 Clearly expounded by Qureshi, "Necessity Paradigm", 101.

not be dealt with according to the straight-jacket of the ARS, which presuppose a situation of normalcy. The situation as such proves that prevention has grossly failed.[93] It seems inescapable under such circumstances to take the fate of the population of the wrong-doing State into account as well—as indeed reasonable international practice has mostly done.[94] To reflect this necessary balance in a more specific rule than the provision contained in the two Covenants of 1966—that a population may in no case deprived of its means of subsistence—seems hardly possible. But is should be explicitly included in the ARS and not only referred to in a vague commentary to Article 31 ARS.[95] As shown above, this call for a new approach in the field of public international law finds support in the practice of sovereign debt owed to private-sector creditors. It is clear that the territory to be explored is full of quagmires. The stability of transboundary relations must not be jeopardized, neither by excessive rigidity nor by excessive leniency.[96] Should invocation of necessity become too easy, all kinds of abuses would have to be feared.

5. Procedural Consequences

Since any substantive rule for dealing with situations of sovereign insolvency or quasi-insolvency leaves necessarily a wide margin of appreciation, it would be highly desirable dispose of a mechanism that ensures the basic requirements

---

[93] To rely primarily on prevention is the advice given by Pierre-Marie Dupuy in respect of disastrous environmental damages, see "L'Etat et la réparation des dommages catastrophiques", in F. Francioni & T. Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, London, Graham & Trotman, 1991, 142.

[94] Similar arguments have been advanced many times in the literature, see Dolzer, "Staatliche Zahlungsunfähigkeit", 546–547; B. Graefrath, "Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 185, 1984–II, 92; S. Heathcote, "Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Necessity", in J. Crawford & A. Pellet (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 501; Krajewski, "Schadensersatz"; S. Pieper, "Völkerrechtliche Aspekte eines Internationalen Insolvenzrechts", in M. Dombrowski *et al.* (eds.), Lösungsstrategien zur Überwindung der Internationalen Schuldenkrise, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 254; Schlemmer-Schulte, "The Argentine Bonds case", 990; B. Stern, "The Obligation to Make Reparation", in *The Law of International Responsibility* 566; W. Wengler, *Völkerrecht*, vol. I, Berlin, Springer, 1964, 514.

[95] *Yearbook of the International Law Commission*, II, 2001, Part Two, Commentary on Article 31, 94, para. 14.

[96] Some caution is therefore warranted in respect of the *Report of the Independent Export on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyement of all human rights, particularly economic, social and cultural rights*, UN doc. A/HRC/17/37, 11 April 2011. The Expert (Cephas Lumina) was reconfimed by Human Rights Council Resolution 16/14, 24 March 2011.

of an equitable insolvency (or: resolvency)[97] procedure.[98] It should be recalled that equality of treatment is one of those requirements. For the Paris Club as well as for the London Club, non-discrimination of creditors has always been a guiding principle. Both clubs have the nature of arrangements that, due to the common agreement of their members, remain deliberately below the level of institutionalized organizations. In the case of Greece, where in March 2012 a haircut was organized among the group of private-sector creditors, no international mechanism was available that could have compelled all creditors to accept the cut rate of 53.5%. Since the envisaged participation of 90% of the creditors has not been reached, which is the threshold mark for the triggering the collective-action clauses enshrined in the conditions underlying the issuance of the relevant bonds, the Greek Government is now planning to impose the requisite reduction by law. Losses might then be covered by credit-default swaps, or the creditors could envisage bringing their complaints to the European Court of Human Rights, requesting that the judges convict Greece for a violation of the guarantee of 'possessions' under Article 1 of the [First] Protocol to the ECHR.

Persons who have suffered losses from international armed conflict do not have many options at their disposal. The judgment in *Jurisdictional Immunities of the State*[99] has made clear that even under the auspices of the 'humanized' international law of today they cannot sue, before their own courts, a foreign State responsible for violations of *jus in bello*, irrespective of the issue of whether corresponding substantive individual substantive entitlements exist. According to the traditional view, which does not seem to have evolved in recent decades despite the approval of the "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human rights Law and Serious Violations of International Human Rights Law" by the UN General Assembly[100] and some observations of the ICJ in the Advisory Opinion on the Wall case,[101] reparation claims for infringement of the legal regime of warfare accrue to the litigant parties and not to the persons adversely affected by armed activities.[102] This is a situation which, from a systemic viewpoint, has many advantages if a serious effort at redress is made after the end of a con-

---

97 See C. Paulus, "Geordnete Staateninsolvenz—eine Lösung mit Hilfe des Vertragsrechts", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 32, 2011, 2435.

98 See also M. Chiara Malaguti, "Se a Fallire Sono gli Stati", in Ligustro & Sacerdoti (eds.), *Problemi e Tendenze*, 213–230.

99 See above note 1.

100 UN General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, Resolution 60/147, 16 Dec. 2005.

101 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004, 136, at 198, paras. 152–153.

102 The official *Commentary* of the International Committee of the Red Cross *on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva,

flict. The duty of a wrongdoing State to make reparation is not in doubt. Since the relevant rights and duties arise at the level of inter-State relationships, some form of arrangement must be found between the parties involved. Agreements between the victorious powers and the defeated nations have generally the serious shortcoming of being impacted by the unbalanced distribution of political strength. Thus, the Paris Treaties of 1919 after World War I were unjustifiably tilted in favour of the Allied Powers, which could unilaterally dictate the conditions of peace without offering to enter into a meaningful negotiating process. The procedure followed at Potsdam in 1945 was even more drastic. Unilateral determinations were made, and the German side was not even invited to accept the conditions agreed upon by the Victorious Powers. Rarely does one find examples of a peace treaty that can be considered the outgrowth of true negotiations and compromise. The treaty concluded in 2000 between Eritrea and Ethiopia[103] stands out as a positive example to the contrary after a war that had ended by exhaustion, where the usual configuration of winner and loser was absent.

Generally, peace treaties cannot be relied upon as an instrument susceptible of guaranteeing justice and fairness. To entrust the Security Council with the mission of acting as mediating agency would appear to open up more promising avenues.[104] There can be no doubt that to establish mechanisms for the financial settlement of the consequences of armed conflict comes within the purview of Chapter VII of the Charter. As the example of the UNCC has shown, establishing a central authority for the processing of all reparation claims has tremendous advantages.[105] As an insolvency trustee, such an authority should be able to get hold of the available assets and would be able, on that basis, to guarantee that all holders of reparation claims are dealt with in accordance with the principles of equality and non-discrimination. Permitting individual claims to be brought would lead to grave discrepancies among the claim holders. Those who are well advised might get the lion's share, those who cannot afford to have recourse to legal expertise would find themselves at the losing end. The Security Council should have the courage of assuming this task, which is burdensome and costly. But it is worth paying a high price for peace treaties that are more than an illustration of the proposition: after the war is before the war.

Martinus Nijhoff Publishers/ICRC, 1987, 1056, margin note 3656, avoids taking a clear stand.

103 Peace Agreement between Ethiopia and Eritrea, 12 Dec. 2000, ILM 40 (2001) 260.

104 Same view expressed by Krajewski, "Schadensersatz", 174.

105 However, the principle of equality of arms must be observed in the proceedings, which was not the case under the regime of the UNCC.

CHAPITRE DIX-NEUF

L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION DES COMPTES BANCAIRES DES MISSIONS DIPLOMATIQUES ET CONSULAIRES

Jean Salmon*

Dans la dernière édition de son Précis de *Droit international public*, cosigné cette fois avec Yann Kerbrat, Pierre-Marie Dupuy, attire l'attention sur divers problèmes posés par l'immunité d'exécution des Etats[1]. C'est sur un point précis de cette immunité que nous voudrions apporter une contribution à un ami de toujours : la question de l'immunité d'exécution des comptes bancaires de missions diplomatiques et consulaires. Cette question se pose depuis de nombreuses années et ce n'est que récemment que l'on peut affirmer qu'une solution raisonnable lui est apportée après des hésitations tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Ces hésitations provenaient du fait que cette immunité spécifique n'avait pas été prévue expressément par les conventions de Vienne au titre d'immunité diplomatique ou consulaire, et ce, à un moment ou l'immunité de juridiction de l'Etat se trouvait lentement mais surement rognée au profit d'un principe de non immunité pour les actes dits de gestion (*acta jure gestionis*) et où l'immunité d'exécution des biens de l'Etat ne restait assurée qu'en raison de l'affectation non commerciale de ces biens. Les biens des missions diplomatiques et consulaires resteraient-ils immunisés au titre de bien publics d'Etat ? Comme nous l'avons écrit les missions diplomatiques se trouvaient entre deux chaises[2].

Avant qu'une solution se profile par l'adoption d'une convention internationale sur les immunités de l'État, la question a été tranchée dans des sens divers par la jurisprudence, à un moment où néo-libéralisme et droits de l'homme obligent, l'Etat et ses missions diplomatiques perdaient de leur lustre antique. Il est acquis aujourd'hui que les plus hautes juridictions internes analysent désormais

* Professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

1 P.-M. Dupuy & Y. Kerbrat, *Droit international public*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2010, para. 130.

2 J. Salmon, & S. Sucharitkul, « Les missions diplomatiques entre deux chaises. Immunité diplomatique ou immunité d'Etat ? », *Annuaire français de droit international*, 1987, 163-194.

les choses de la même manière à un moment où la convention des Nations Unies de 2004 aboutit à un équilibre délicat de même nature. C'est à décrire cette maturation que la présente contribution est consacrée.

Identification de la personnalité juridique concernée

La saisie de comptes bancaires de la mission pose tout d'abord un problème d'identification du sujet de droit qui est titulaire du compte et qui est ainsi frappé par une telle mesure.

Les conventions de Vienne de 1961 et de 1963 prévoient un certain nombre de privilèges et d'immunités au profit des personnes. On parle à cet égard de privilèges et immunités personnels. Elles en prévoient également au profit de la mission. Ainsi, si l'on prend l'exemple de la Convention de Vienne de 1961, divers articles ont comme sujet grammatical des droits qui prescrivent la mission diplomatique elle-même : les articles 20, 22, 24, 25, 27 et 28.

Bien que la Convention se réfère à « la mission », cette dernière ne possède pas de personnalité juridique propre. Les droits conférés par la Convention le sont à l'Etat. Si les locaux, les archives et les biens de la mission font l'objet d'une protection spéciale comme *instrumenta legati*, c'est l'Etat qui est titulaire de ces droits relatifs à des biens qui lui appartiennent ou dont il a la jouissance. La mission n'a pas, en principe en tant que telle, une personnalité juridique propre distincte de celle de l'Etat[3]. Ce principe fait l'objet de diverses applications. Ainsi, « la mission diplomatique d'un État étranger n'étant ni une personne physique ni

[3] J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruylant, Bruxelles 1994, paras. 268-271. Voir Cour suprême de la République populaire de Croatie, *Réclamation contre une ambassade étrangère*, 30 août 1956, 23 *International Law Reports* 431 ; Cour suprême de Pologne, *French consulate in Cracow case*, 26 mars 1958, 26 *International Law Reports* 178 ; Pretore di Roma, *Ciniglio c. Ambasciata d'Indonesia in Italia c. Compagnia di Assicurazioni intercontinentale*, 16 déc. 1966, 65 *International Law Reports* 268 ; Tribunal de Rome, *Cavallucci v. Hungarian Embassy*, 23 oct. 1967, 71 *International Law Reports* 238 ; Cour de Djakarta, *P.S v. Embasy of the Kingdom of the Netherlands*, 23 déc. 1975, cité dans *International Law in the Netherlands*, vol. 3, The Hague, TMC Asser Institute, 242 ; Audiencia provincial de Madrid (18e section), *Ambassade royale du Danemark*, 27 sept. 1993, *Revista española de derecho internacional*, 1994, 2, 724 ; Cour de district de Prague, *General Health Insurance Company v. Embassy of the State of Palestine*, 15 déc. 1997 ; cité dans G. Hafner, M. Kohen, S. Breau & Conseil de l'Europe (eds.), *State Practice regarding State Immunities – La pratique des Etats concernant les immunités des Etats*, vol. 2, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, CZ/6; Tribunal du travail de Bruxelles, *Rachida Attar c. Le Royaume du Maroc représenté par l'ambassadeur du Maroc*, 19 juin 2007, R.G. No. 15.145/05, *Journal des tribunaux du travail* 2007, 451 ; Cour du travail de Bruxelles, *Royaume d'Arabie Saoudite c. Mme Amal Sawas*, 1er avril 2009, R.G. No. 49.521 Rép. No. 09/766.

une personne morale n'a pas qualité pour être partie au procès. Seul l'État peut – sous réserve de son immunité propre – être partie à un procès »[4].

De même, la mission n'a pas qualité pour conclure des contrats, quoique le texte de ces derniers prétende. Un contrat de bail conclu par l'ambassade l'est au nom de l'État et n'engage que ce dernier[5]. Les biens de l'ambassade sont la propriété de l'Etat. Les avoirs figurant sur les comptes bancaires d'une ambassade relèvent du patrimoine de l'Etat[6].

Ce point étant réglé on peut aborder la question irritante des saisies de comptes bancaires des missions diplomatiques. On recherchera comment la question a été abordée par les jurisprudences nationales[7] et ensuite dans les conventions sur les immunités de l'Etat.

1. Types de raisonnements suivis en jurisprudence pour résoudre la question : Les deux voies

En jurisprudence, deux types de raisonnements ont été utilisés pour répondre à la question de savoir si ces saisies pouvaient légalement avoir lieu. Le premier consistait à examiner si le texte de la convention de Vienne d'avril 1961 sur les relations diplomatiques qui prévoit diverses mesures protectrices de la mission prohibait de telles actions. Le second consistait à aborder la question comme un cas d'application des règles sur l'immunité d'exécution de l'État étranger, puisqu'aussi bien, on vient de le voir, la mission diplomatique n'est qu'un organe de l'État, ne met en cause que la personnalité juridique de ce dernier et que ses biens sont ceux de l'Etat.

Envisageons l'un après l'autre ces deux types de raisonnements : la voie de l'immunité diplomatique (1.1) et ensuite celle de l'immunité de l'État (1.2).

---

[4] Tribunal supérieur Prague, *Petr Roith c. ambassade de la République d'Afrique du Sud*, 31 août 1995, *State Practice*, CZ/7.

[5] Cour de Justice de Genève, *Champel Bellevue v. State of Geneva*, 7 déc. 1984, 102 *ILR* 180 ; Cour d'appel de Paris (14e ch.), *Gecina c. État de Géorgie*, 28 nov. 2001, *Annuaire français de droit international*, 2002, 751.

[6] Cour d'appel de Bruxelles (9e ch.), *République du Burundi c. Landau S.*, 21 juin 2002, 127 *International Law Reports* 98.

[7] La jurisprudence nationale a fait l'objet notamment d'un recensement très complet et ordonné dans la seconde partie de l'ouvrage *State Practice regarding State Immunities – La pratique des Etats concernant les immunités des Etats* édité par le Conseil de l'Europe et G. Hafner, M. Kohen et S. Breau pour le compte du British Institute of International Law, de l'Institut des Hautes études internationales de Genève et du Department of European, International and Comparative Law de Vienne. Lorsque nous ne possédons pour une décision déterminée que cette source nous avons adopté ci-dessous l'abréviation « *State Practice* » suivie du numéro d'enregistrement adopté par les auteurs.

1.1. *La voie de l'immunité diplomatique*

1.1.1. Les droits de la mission – Singularité des droits de l'Etat qui lui sont conférés pour l'exercice de ses missions diplomatiques

Si les droits qui sont conférés à la mission diplomatique par la convention de Vienne de 1961 sont en dernière analyse des droits de l'État, il n'en demeure pas moins que les immunités qui sont de cette manière conférées à l'État, le sont pour l'exercice d'activités souveraines particulières, celles de ses missions diplomatiques. Elles se présentent comme une catégorie spécifique d'immunités, échappant au régime général des immunités de l'Etat, au même titre, par exemple, que les immunités conférées aux navires d'Etat ou aux forces armées. La convention de Vienne de 1961 énumère divers droits spécifiques de la mission : selon l'article 20 : « La mission (a) le droit de placer le drapeau et l'emblème de l'Etat [...] sur les locaux de la mission ». L'article 22(1) dispose que « les locaux de la mission sont inviolables » et le paragraphe 3 énonce que : « Les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution ». Aux termes de l'article 24, « les archives et documents de la mission sont inviolables ». L'article 25 énonce que « [l]'Etat accréditaire accorde toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission ». L'article 27 mentionne « les moyens de communication appropriés » ; « la correspondance officielle de la mission est inviolable » ; « la valise diplomatique ne doit être ni ouverte ni retenue ».

Le problème surgit ici du fait que, parmi ces droits de « la mission », l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution n'ont pas été mentionnées *expressis verbis* par la Convention de 1961. Un constat identique pourrait être fait à propos de la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires.

L'explication en est simple. Lorsque ces premières conventions ont été préparées par la Commission du droit international dans les années 1950, l'immunité de juridiction de l'Etat restait largement incontestée ; même dans le cadre de la théorie distinguant les actes de gestion et les actes de souveraineté qui commençait à se développer à l'époque. Il restait alors incontesté que tout ce qui était relatif aux relations diplomatiques relevait par nature des actes de souveraineté. Ces immunités ne furent pas traitées parce que la question ne se posait pas.

Prenant appui sur cette lacune, quelques décisions judiciaires et une doctrine isolée ont cru pouvoir soutenir la licéité de la saisie de comptes bancaires de missions diplomatiques ou consulaires – au moins lorsque ceux-ci sont « mixtes », c'est-à-dire utilisés à la fois aux fins de la mission et pour des opérations commerciales[8].

---

[8] Dans ce sens : H. Van Houtte : « Naar een beslag op rekeningen van ambassades », *Liber amicorum Elie van Bogaert*, et version anglaise : « Towards an Attachment of Embassy

1.1.2. Esquive de l'article 22(3)

Cette position résulte d'une lecture littérale du texte de l'article 22(3) de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques qui prévoit que « Les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission, ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution ».

Selon une telle lecture, les comptes bancaires, étant situés dans les banques et non dans les locaux de la mission, ne seraient pas protégés.

A vrai dire, cette rédaction résulte d'une inadvertance. Ce qui est protégé ce sont les biens du poste, et pas seulement ceux qui se trouvent dans les locaux. Tel est le cas des moyens de transport de la mission – dont on ne peut tout de même pas prétendre qu'ils ne seraient protégés que lorsqu'ils se trouvent dans les locaux de celle-ci – ainsi que des archives et documents de la mission qui sont inviolables « en quelque lieu qu'ils se trouvent » (article 24 de la Convention de 1961).

Certaines conventions postérieures semblent avoir perçu cette nuance. Par exemple, l'article 31(4) de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires comportent une prohibition de contrainte – sans doute limitée aux formes de réquisition à des fins de défense nationale ou d'utilité publique – mais qui s'applique aux « locaux consulaires, leur ameublement et *les biens du poste consulaire* ainsi que ses moyens de transport ». Les « biens du poste » ne sont pas nécessairement localisés dans les locaux de la mission, pas plus que les moyens de transport[9].

Cette interprétation semble en outre confirmée par le libellé de l'article 25, alinéa 3 de la convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 8 décembre 1969 sur les missions spéciales. Cet article spécifie parmi les objets exempts de toute mesure de contrainte, « les autres biens servant au fonctionnement de la mission spéciale », ce qui recouvre tous les biens au service de la mission spéciale sans exclure les comptes en banque ouverts au nom de la mission spéciale qui font certainement partie des biens servant au fonctionnement de la mission.

Il ne fait pas de doute, au surplus, que les comptes bancaires d'une mission sont des biens appartenant au titulaire du compte. La propriété du compte en banque

---

Bank Accounts, » *Revue belge de droit international*, 19, 1986, 70. V. aussi James Crawford, « Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity », *American Journal of International Law*, 75, 1981, 820. *Contra* : H. Fox, « Enforcement jurisdiction, foreign State property and diplomatic immunity », *International and Comparative Law Quarterly*, 34(1), 1985, 115-141; v. aussi Salmon & Sucharitkul, « Les missions diplomatiques entre deux chaises », 163-194.

9 C'est ce que ne semble pas avoir aperçu la Chambre des saisies du Tribunal de première instance de Liège qui, par une décision inédite du 12 octobre 1994 déclare : « Attendu que ce texte ne trouverait, en tout état de cause, pas à s'appliquer dès lors que la saisie-arrêt-exécution a été pratiquée en dehors du consulat ».

d'une mission appartient dès lors à l'Etat dont relève la mission. La banque n'est jamais qu'un agent agissant sur ordre du titulaire. Ceci a été admis à propos de comptes en banque de diplomates à titre personnel. Ainsi, dans l'affaire *Ledoux*, la Cour suprême de l'Uruguay estima, par une décision du 17 janvier 1941, qu'un moratoire judiciaire suspendant toutes transactions d'une banque privée ne pouvait avoir pour effet de bloquer le compte personnel d'un attaché de la légation française à Montevideo[10]. La situation ne serait différente que si le compte saisi n'était pas celui de l'Etat accréditant, mais appartenait à titre personnel à une personne non protégée par une immunité personnelle, un consul honoraire, par exemple, qui se servirait du compte pour ses affaires privées (Tribunal fédéral suisse, Affaire *Griessen*, 23 décembre 1982)[11].

1.1.3. *Le principe* ne impediatur legatio

A défaut de pouvoir se fonder sur l'article des conventions relatif aux mesures de contrainte, c'est sur l'esprit même de ces conventions que les défenseurs de la voie diplomatique s'appuient pour repousser toute saisie des comptes bancaires de la mission. Deux dispositions semblent bien exprimer le principe coutumier traditionnel *ne impediatur legatio*.

D'une part, le préambule de la Convention de 1961 qui rappelle que « le but desdits privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer *l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentant des Etats* ». Des dispositions analogues se trouvent dans la Convention de 1963 : « Convaincus que le but desdits privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer *l'accomplissement efficace de leurs fonctions par les postes consulaires au nom de leurs Etats respectifs* », ainsi que dans la Convention de 1969 relative aux missions spéciales et dans la Convention de 1975 relative aux missions auprès des organisations internationales. L'accomplissement efficace des fonctions est le fondement de tous les privilèges et immunités des missions quelles qu'elles soient. Comment ces missions pourraient elles exercer leurs missions si on permettait la saisie de leurs comptes bancaires ?

D'autre part l'article 25 de la Convention de 1961 dispose expressément que « L'Etat accréditaire accorde toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission ». Dans le même esprit, l'article 28 de la Convention de Vienne de 1963 dispose : « L'Etat de résidence accorde toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions du poste consulaire ».

Voyez encore *mutatis mutandis* l'article 22 de la convention de Vienne de 1969 sur les missions spéciales et l'article 20 de la Convention de Vienne de 1975 qui traite des missions auprès des organisations internationales.

---

[10] *Annual Digest of International Law Cases*, vol. 12 (1943-1945), no. 75, 241.

[11] *Annuaire suisse de droit international* 1984, 178 ; ATF 108 III 107 ; 82 *International Law Reports* 5.

De telles dispositions peuvent être considérées comme constituant un principe général d'interprétation en cas le lacune technique de ces conventions[12].

1.2. *La voie de l'immunité de l'Etat*

1.2.1. L'application de la distinction acte de gestion/acte de souveraineté

L'autre approche consiste à considérer la saisie des comptes bancaires des ambassades comme un cas d'application des principes gouvernant l'immunité de juridiction et d'exécution des États. Depuis des années la distinction *acta jure gestionis*/*acta jure imperii* domine de sa nébuleuse dichotomie la question de l'immunité de juridiction. Parallèlement, après de longs tâtonnements, la distinction, s'agissant de l'immunité d'exécution, est devenue celle de l'affectation ou non du bien saisi à une activité économique ou commerciale relevant du droit privé. Adoptant ce point de vue quelques décisions isolées ont permis la saisie de comptes, à condition qu'ils soient réputés « mixtes », c'est à dire servant à la fois des fins fonctionnelles et des fins commerciales.

Ainsi dans l'affaire *Birch Shipping Corp. v. Embassy of Tanzania*, la U.S. District Court, District of Columbia, par une décision du 18 novembre 1980 a estimé valable une saisie faite sur un compte d'une ambassade en paiement d'une créance commerciale découlant d'un arbitrage que l'Etat de Tanzanie s'était engagé à exécuter. Le tribunal de district a examiné la question sous le seul angle de l'immunité des Etats tel qu'il est conçu dans la législation américaine : le *Foreign Sovereign Immunities Act*. En conséquence, le Tribunal a constaté que l'acte du Congrès refusait toute immunité pour des activités commerciales. A aucun moment le Tribunal ne s'est posé la question de savoir si sa décision était conforme au droit diplomatique. Il reconnaît qu'il existe un problème dans le cas d'un compte mixte. Il note en particulier ceci :

> Defendant asserts, however, that failure to find this property immune will make it impossible for foreign countries to maintain embassies. Even if it could be shown this was actually a problem, the solution would not be the broad immunity defendant asks, but segregation of public purpose funds from commercial activity funds. Holding otherwise would defeat the express intention of Congress[13].

2. Les solutions jurisprudentielles et conventionnelles

La recherche d'une solution a adopté deux formes, soit jurisprudentielle soit conventionnelle. La première s'est progressivement dirigée vers la reconnaissance aux comptes bancaires d'un statut privilégié tiré de l'esprit sinon des textes

---

[12] Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, para. 279.

[13] 507 F. Supp. 311 (1980) reproduit en résumé dans l'*American Journal of International Law*, 75, 1981, 373.

de la convention de Vienne de 1961 (art. 22(3) et art. 25 – principe *ne impediatur legatio*). La seconde a fini par ranger clairement les comptes bancaires des missions parmi « les biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales ».

2.1. *Les solutions jurisprudentielles nationales*

Nous envisagerons les principales d'entre elles dans leur évolution respective.

2.1.1. Autriche

La Cour suprême d'Autriche dans l'affaire *Neustein c. République d'Indonésie*, le 6 août 1958, tout en rejetant une demande de saisie du compte bancaire de l'Ambassade indonésienne servant au fonctionnement de la mission, avait observé que seuls des comptes d'ambassades destinés à des transactions commerciales pouvaient faire l'objet d'une telle saisie[14]. La formule était ambiguë.

Elle est, depuis – par une décision du 3 avril 1986 en l'affaire *Republic of « A » Embassy Bank Account Case* – revenue sur cette position en adoptant le point de vue qu'aucun compte d'une ambassade ne peut faire l'objet d'une mesure d'exécution sans le consentement de l'Etat intéressé.

Le ministère fédéral des Affaires étrangères, dans une note au ministère fédéral de la Justice, transmise à la Cour de première instance exposa que les réclamations contre un compte en banque général de l'ambassade d'un Etat étranger qui se trouve dans l'Etat d'accueil et qui est prévu pour couvrir les dépenses et frais de l'ambassade (compte courant) ne peut en aucune circonstance faire l'objet d'une exécution par l'Etat d'accueil.

La Cour suprême d'Autriche, suivant le point de vue exprimé par la Cour fédérale constitutionnelle de la RFA en date du 13 décembre 1977 (v. section sur *l'Espagne* ci-dessous), souligna ce qui suit :

> Execution [...] was inadmissible without the consent of the foreign State if, at the time of the initiation of the measure of execution, such property served sovereign purposes of the foreign State. Preventive measures or measures of execution against a foreign State could not under international law, be levied on property which at the relevant time was being used by its diplomatic mission for the performance of its official functions (*ne impediatur legatio*). Due to the difficulties involved in judging whether the ability of a diplomatic mission to function was endangered and because of the potential for abuse, general international law made the area of protection enjoyed by the foreign State very wide and determined it by reference to the typical abstract danger and not to the specific threat to such ability to function. Claims against a general current bank account of the embassy of a foreign State which esisted in the State of the forum and the purpose of which was to cover the embassy's costs and expenses were not subject to forced execution by the State of the forum. For the executing authorities of the receiving State to have required the

[14] 40 *International Law Reports* 73, ou 65 *International Law Reports* 3.

> sending State, without its consent, to provide details concerning the existence or the past, present or future purposes of funds in such an account would have constituted interference, contrary to international law, in matters within the exclusive competence of the sending State[15].

La Cour suprême d'Autriche exprima le même point de vue dans une décision du 30 avril 1986 en l'affaire *Leasing West GMBH v. People's Democratic Republic of Algeria*[16]. Les comptes bancaires d'ambassades sont insaisissables même s'ils sont mixtes; seuls les comptes affectés à des fins non diplomatiques sont susceptibles d'exécution. Pour que le compte soit saisissable le compte doit répondre à des fins exclusivement commerciales. La charge de la preuve incombe au demandeur.

2.1.2. Canada

La Haute Cour de l'Ontario, par un arrêt du 22 octobre 1980 dans l'affaire *The Royal Bank of Canada and Corriveau*, s'est prononcée sur le caractère illégal d'une saisie opérée sur un compte bancaire de l'ambassade de Cuba en se fondant simplement sur la base de l'immunité d'exécution de l'Etat cubain et non sur celle de l'application de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ou du droit diplomatique coutumier[17].

La saisie d'un compte de l'ambassade de l'URSS à Ottawa en 1981 a entraîné une protestation du doyen du corps diplomatique et des interventions très nettes du Département des Affaires extérieures du Canada auprès de la Cour de l'Ontario pour qu'elle respecte l'immunité de l'ambassade. Un règlement étant intervenu entre les parties, aucune suite ne fut donnée à la saisie et les fonds furent remis à l'ambassade. Répondant au doyen du corps diplomatique le sous-secrétaire d'Etat aux Affaires extérieures affirma sans ambages qu'

> une telle saisie n'est conforme ni au droit international ni au droit interne relatifs à l'immunité souveraine et diplomatique. Le compte en banque d'une ambassade (ou d'un consulat) ne saurait faire l'objet d'une exécution puisqu'il est relié directement au fonctionnement de la mission diplomatique (ou consulaire)[18].

2.1.3. Espagne

La jurisprudence des cours espagnoles est particulièrement ferme depuis l'origine. On mentionnera ci-dessous les décisions les plus significatives : l'arrêt de la cour constitutionnelle (Tribunal superior de Justicia), (ch. Sociale) du 1er juillet

---

[15] *Österreichische zeitschrift für öffentliches recht und völkerrecht (OZöRV)*, 37, 1987, 390; *Clunet*, 1991, 441 (sommaire), 77 *International Law Reports* 488.

[16] Oberster Gerichtshof, *case* No. 3 OB 38/86 : *OZöRV*, 37, 1987, 390ss. ; 116 *International Law Reports* 526 ; *Clunet*, 1991, 441.

[17] *Annuaire canadien de droit international*, 1982, 359 et 64 *ILR* 69.

[18] *Annuaire canadien de droit international*, 1982, 285.

1992 dans l'affaire *Diana Gayle Abbott c. du 8 février 1990 (recurso de amparo)*[19]. La décision se base sur l'article 22(3) de la convention de Vienne de 1961 :

> Current international practices clearly exclude embassy bank accounts from all enforcement measures [...]. This is true even if the funds deposited in banks can also be used to carry out acts which do not involve the sovereignty of the foreign State. The decision is enforceable against other assets belonging to the State which do not enjoy immunity from enforcement.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle (Tribunal superior de Justicia), (ch. sociale) du 21 décembre 1993 en l'affaire *Ambassade X*[20]. L'exécution sur les comptes bancaires de l'ambassade est contraire à l'article 22(3) de la Convention de Vienne de 1961. L'exécution sur d'autres biens est possible.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 10 février 1997 (*Recurso de amparo). En cause Emilio Blanco Montero c/ ambassade de Guinée équatoriale*[21] est similaire :

> l'immunité des États repose sur une double distinction : 1) sont totalement immunisés les biens des missions diplomatiques et consulaires; 2) sont immunisés les autres biens des États étrangers qui sont destinés à des activités *jure imperii*, mais pas ceux destinés à des activités *jure gestionis*. En conséquence, il appartient au juge de l'exécution de déterminer dans chaque cas quels biens dont est titulaire l'État étranger sur notre territoire qui ne sont pas spécifiquement ceux des missions diplomatiques ou consulaires, qui sont sans équivoque destinés à l'accomplissement d'activités dans lesquelles ledit État, sans faire usage de sa puissance souveraine (*potestad de imperio*), agit de la même manière qu'un particulier.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle d'Espagne du 27 octobre 1994, *Esperanza Jequier Beteta En cause ambassade de la République fédérative du Brésil à Madrid*[22] expose comme suit les conditions de l'insaisissabilité des biens des missions diplomatiques y compris leurs comptes bancaires :

> des biens déterminés jouissent d'une immunité particulière (d'exécution) par la qualité de leurs titulaires, comme c'est le cas pour ceux des missions diplomatiques et consulaires : articles 22(3) de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et art. 31(4) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires; en conséquence de quoi l'immunité des États repose sur une double distinction : 1) sont totalement immunisés les biens des missions diplomatiques et consulaires y compris les comptes courants bancaires suivant la pratique internationale contemporaine ; 2) sont immunisés les autres biens des États étrangers sur notre territoire qui sont destinés à des activités *jure imperii*, mais pas ceux destinés à des activités *jure gestionis*.

---

[19] Décision no. 107/1992 : *Revista española de derecho internacional*, 1992, 565, note de Luis Ignacio Sanchez Rodriguez ; *Spanish Yearbook of International Law*, 2, 1992, 320 ; 113 *International Law Reports* 411.

[20] *Revista española de derecho internacional*, 1994/2, 725, note M. Paz Andrés Sáenz de Santa María.

[21] *Revista española de derecho internacional*, 1998/1, 207, note Javier A. González Vega.

[22] *Revista española de derecho internacional*, 1995/2, 268.

L'arrêt du Tribunal Suprême, chambre sociale du 29 juin 2004, *Julieta c. ambassade de Grèce*[23]. En tout état de cause la propriété des missions diplomatiques et consulaires est immunisée de toute saisie en vertu de l'article 22(3) de la Convention de Vienne 1961 et 31(4) de la Convention de Vienne 1963.

De même, selon l'arrêt du Tribunal Suprême chambre civile, 1e section du 13 juin 2005, *Ambassade X à Madrid*[24]:

> [l]e caractère insaisissable des comptes courants bancaires de l'État étranger affectés à l'accomplissement des tâches des missions diplomatiques et consulaires persiste même si les montants déposés peuvent servir aussi à la réalisation d'activités *jure gestionis* vu le caractère unique et indivisible du solde du compte courant et l'impossibilité d'une investigation des opérations et de la destination des fonds portés aux comptes ce qui supposerait une interférence dans l'activité de la mission diplomatique contraire au droit international public[25].

2.1.4. Etats-Unis

Aux Etats-Unis, la position du Département d'Etat fut exposée à l'occasion d'une tentative de saisie du compte en banque à Bagdad de la section des intérêts des Etats-Unis (abritée alors au sein de l'ambassade de Belgique). Le Département d'Etat, par une note du 14 janvier 1974 fit savoir qu'une telle saisie serait une violation flagrante des principes reconnus du droit international concernant l'inviolabilité de la propriété des missions diplomatiques et de l'immunité d'exécution des Etats. La note citait expressément les articles 22(3) et 25 de la Convention de Vienne[26].

On a vu plus haut (section 1.2) qu'en un premier temps, le 18 novembre 1980, la Cour de district de Columbia avait interprété le *Foreign Sovereign Immunities Act* dans un sens permettant la saisie de comptes mixtes. Depuis lors, la Cour de district de Columbia a modifié sa jurisprudence. Par un jugement du 16 avril 1987 dans l'affaire *In the matter of the application of Liberian Eastern Timber Corporation v. the Governement of the Republic of Liberia*, la Cour a déclaré ce qui suit :

> The Court concludes that the bank accounts of the Embassy of Liberia are immune from attachment under the Vienna Convention April 18, 1961. The Vienna Convention provides in Article 25 that « the receiving State shall accord full facilities for the performance of the functions of the mission ». The Liberian Embassy lacks the « full facilities » the Government of the United States has agreed to accord if, to satisfy a civil judgment, the Court permits a writ of attachment to seize official bank accounts used or intended to be used for purposes of the diplomatic mission.

---

[23] *Spanish Yearbook of International Law*, 10, 2004, 324.

[24] *Revista española de derecho internacional*, 2006/2, 884.

[25] Même motivation dans l'arrêt du Tribunal superior de Justicia Comunidad de Madrid, chambre sociale, du 16 mai 2006, *Ambassade Y à Madrid, Revista española de derecho internacional*, 2007/1.

[26] *Digest of United States Practice in International Law 1974*, 273-274.

> If the « full facilities » to which the United States agreed to « accord » diplomatic immunity did not include bank accounts off the premises of the mission, the Liberian Embassy either would have to take grossly inconvenient measures, such as issuing only checks drawn on a Liberian bank, or would have to run the risk that judgment creditors of Liberia would cause the accounts the Embassy holds at banks located in the United States to be seized for an indefinite length of time, severely hampering the performance of the Embassy's diplomatic functions. Moreover, to interpret the term « accord », as used in Article 25, as merely allowing the Liberian Embassy to use bank accounts in the United States but not affording the accounts the protection of diplomatic immunity would pay mere lip service both to Article 25 and to the intent of the Vienna Convention, as stated in its Preamble: « to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions as representing States ». The Liberian Embassy hardly could function efficiently without local bank accounts. [...]
>
> Article 24 states that the archives and documents of the mission are inviolable wherever they may be. Although no provision of the Vienna Convention states specifically that official bank accounts used or intended to be used for purposes of the diplomatic mission enjoy diplomatic immunity from attachment, the Court concludes that not affording diplomatic immunity to the Embassy's bank accounts, despite the absence of such a specific provision, is inconsistent with both the agreement set forth in Article 25 and the intention of the parties to the Vienna Convention. Under the Vienna Convention therefore, the bank accounts of the Liberian Embassy used or intended to be used for purposes of the diplomatic mission are immune from attachment to satisfy a civil judgment[27].

Le Département d'Etat envisagea si nécessaire de faire amender le *Foreign Sovereign Immunity Act*, 28 U.S.C. 1609 pour interdire de telles saisies[28].

Cette jurisprudence fut confirmée par une décision du 6 juillet 1992 de la United States District Court, Southern, District of New York dans l'affaire *Foxworth v. Permanent mission of the Republic of Uganda to the United Nations*[29] s'appuyant sur l'article 104(2) de la Charte des Nations Unies ainsi que sur le préambule et l'article 25 de la convention de Vienne de 1961 qui assurent l'exercice efficace des fonctions des missions.

2.1.5. France

La jurisprudence française a connu une longue période d'hésitation, jusqu'à ce qu'y mette un terme un arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2011. Retraçons-la brièvement.

Ses débuts furent marqués par un arrêt particulièrement désastreux de la Cour de cassation du 15 juillet 1999, cassant un arrêt reconnaissant l'immunité

---

[27] 659 F. Supp. 806 (1987); 89 *International Law Reports* 360.

[28] H.R. 1149, H.R. 1689 et H.R. 1888. *Foreign Sovereign Immunities Act*, May 28, 1987, serial no. 14, 39-40.

[29] 796 F. Supp. 761 (*SDNY* 1992), No. 91 Civ. 4882 (MBM) ; *American International Law Cases*, 25, 122-125 ; 99 *International Law Reports* 138.

d'exécution de l'État iraquien sur le moyen tiré de ce que l'arrêt en n'ayant pas répondu « aux conclusions invoquant les limitations apportées à la souveraineté de l'État irakien découlant des sanctions internationales et, notamment, de la résolution no. 687 imposant à l'Irak d'honorer scrupuleusement toutes ses obligations au titre du service et du remboursement de sa dette extérieure, de sorte que cet État ne pourrait plus opposer son immunité d'exécution », la Cour d'appel aurait violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile. Cet arrêt était d'autant plus malheureux que le moyen auquel il était reproché à la Cour de ne pas avoir répondu, était unanimement considéré par les commentateurs, comme hors de propos et non fondé au fond[30]. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 août 2000, dans l'affaire *Ambassade de la Fédération de Russie en France, Délégation permanente de la Fédération de Russie auprès de l'UNESCO*[31] vint redresser la barre.

> La société créancière fait [...] valoir que les comptes bancaires d'une ambassade ne sont pas couverts par la convention de Vienne laquelle ne contient aucune disposition faisant application à ces biens des immunités qu'elle prévoit. [...] [C]ertes les comptes ne sont pas expressément mentionnés par ladite convention. [...] [C]elle-ci vise à garantir l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques; que la réalisation de cet objectif implique que soit assurée la protection des moyens affectés à l'exercice de ces fonctions. [...] [L]'article 22 paragraphe 3 de la Convention dispose, dans cet esprit, que les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent ainsi que les moyens de transport de la mission, ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. [...] [L]'article 25 de la Convention fait obligation à l'État accréditaire d'accorder « toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission ». [...] [I]l résulte de ce qui précède que la protection des valeurs inscrites sur les comptes bancaires ouverts au nom d'une ambassade pour les besoins de son activité de service public sur le territoire de l'État accréditaire découle des règles du droit des relations diplomatiques et relève du régime spécifique des immunités diplomatiques. Ce régime s'applique parallèlement aux biens d'une mission permanente auprès d'une organisation telle que l'UNESCO. [...] La protection des valeurs inscrites sur les comptes bancaires ouverts au nom d'une ambassade pour les besoins de son activité de service public sur le territoire de l'État accréditaire découle des règles du droit des relations diplomatiques et relève du régime spécifique des immunités diplomatiques ; que ce régime s'applique pareillement aux biens d'une mission permanente auprès d'une organisation telle que l'UNESCO.

---

30 *Dumez GTM c. État irakien, Gaz Pal*, 1999, Pan. 263 ; *Clunet*, 2000, 45-55, note Cosnard ; *Revue critique de droit international privé*, 2000, 838 ; *Revue générale de droit international public*, 2000, 541-558, note Florence Poirat ; *Annuaire français de droit international*, 2000, 745 ; *127 International Law Reports* 144.

31 D. 2001, jur. 2157, note E. Fongaro ; *Gaz. Pal.*, Rec. 2001, jur. 797 ; *Clunet* 2001, 116-127, note Pingel-Lenuzza ; *Revue critique de droit international privé*, 2001, 754-755 ; 127 *International Law Reports* 156.

Même point de vue de la part de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 septembre 2001 en *l'affaire Ambassade du Cameroun*[32] :

> Les biens diplomatiques sont par ailleurs protégés en vertu du droit conventionnel par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, ratifiée par la France et le Cameroun, dont l'article 25, en obligeant l'État accréditaire à accorder « toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission » comporte l'obligation pour ce dernier de ne pas entraver le fonctionnement de la représentation étrangère. Par voie de conséquence, sont insaisissables les comptes bancaires ouverts pour les besoins de l'ambassade du Cameroun, quel que soit le lieu où se trouvent ces comptes, même hors des locaux de la mission.

On doit considérer comme une parenthèse circonstancielle et abusive la décision de la Cour d'appel de Paris, 20 février 2002, *État d'Irak c. Société Dumez GTM, SA. Vinci Construction Grands projets*. Cet arrêt prétendait, contre toute raison, que la résolution no. 687 du Conseil de sécurité du 3 avril 1961 avait, à titre de sanction, affecté la souveraineté de l'État iraquien et l'avait, de ce fait, privé du bénéfice de ses immunités diplomatiques. Cet arrêt fut abondamment critique en doctrine[33].

> Considérant que [...] la résolution n° 687 exige que l'Irak « honore scrupuleusement toutes ses obligations au titre du service et du remboursement de sa dette extérieure », [c]onsidérant que le Conseil de sécurité en enjoignant à l'Irak d'exécuter ses obligations, a, à titre punitif, affecté substantiellement la souveraineté de cet État en le privant de la possibilité d'invoquer le bénéfice d'une immunité d'exécution tant coutumière que conventionnelle à l'égard des dettes qui répondent aux conditions ci-dessus ; [c]onfirme le jugement rendu le 25 mai 1994 par le tribunal de grande instance de Paris en ce qu'il a dit n'y avoir lieu à immunité d'exécution pour les fonds déposés au nom de l'ambassade d'Irak en France.

A l'occasion d'une affaire relative à la responsabilité sans faute de l'État du fait de traités et des conventions internationales ou de règles coutumières (en l'espèce sur l'immunité d'exécution de l'État étranger), par un courrier en date du 26 octobre 2005, le service du protocole du ministère des Affaires étrangères a appelé l'attention de l'huissier concerné par la saisie litigieuse sur le fait que le compte bancaire de l'État du Koweït ouvert pour le fonctionnement de ses services ne pouvait être saisi (Cour administrative d'appel de Paris, *Mme Om Hashem*, 8 décembre 2008)[34].

---

[32] *Revue critique de droit international privé*, 2002, somm. 850 ; *D.* 2001, 3017 ; *Annuaire français de droit international*, 2002, 750-751.

[33] *Annuaire français de droit international*, 2003, 724-726 ; *Revue critique de droit international privé*, 2002, 746-758, note Mathias Audit ; *Revue générale de droit international public*, 2003, 1008-1012, note Florence Poirat ; *Clunet*, 2000, 52, note Cosnard ; *Gaz. Pal.*, 2002, 1169, note G.L.

[34] No. 07PA02188, *Revue générale de droit international public*, 2009, 233.

Enfin, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 septembre 2011 dans l'affaire *La Société NML Capital Ltd c/ La République Argentine*[35] devrait mettre fin à toute controverse :

> Attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient exactement, d'abord, que les fonds affectés aux missions diplomatiques bénéficient d'une présomption d'utilité publique, puis, que les comptes bancaires d'une ambassade sont présumés être affectés à l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique de sorte qu'il appartient au créancier qui entend les saisir de rapporter la preuve que ces biens seraient utilisés pour une activité privée ou commerciale; qu'en l'absence de preuve contraire, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire, d'abord, que les comptes relatifs à l'attaché à la défense, à l'armée argentine, à la force aérienne, à la Fondation argentine aidant les étudiants, à l'Office du tourisme et à la délégation argentine à l'UNESCO relevaient de la souveraineté de l'Etat et étaient parties intégrantes de la mission diplomatique, ensuite que la provenance des autres fonds était indifférente dès lors que seule leur affectation à la réfection des locaux de l'ambassade importait ; que le moyen n'est pas fondé.

2.1.6. Italie

La Cour de Cassation italienne, réunie en séance plénière, dans une décision *Benamar Capizzi v. Embassy of the democratic and popular Republic of Algeria*, rendue le 4 mai 1989, a, à son tour, estimé que l'immunité d'exécution des ambassades relativement à leur compte en banque relevait du droit coutumier international[36].

La Cour, écartant la Convention de Vienne qu'elle juge non applicable en l'espèce, se fonde essentiellement sur l'immunité d'exécution des biens des Etats utilisés, à des fins souveraines. Les comptes bancaires des missions diplomatiques sont absolument immunisés de toute exécution ou saisie. Toute tentative de vérifier si de tels biens sont ou non utilisés en tout ou en partie à des fins souveraines constituerait une ingérence inadmissible dans les affaires de la mission diplomatique.

2.1.7. Pays-Bas

Aux Pays-Bas la Cour d'Amsterdam, le 5 avril 1984 ordonna la levée d'une saisie contre le compte de l'ambassade d'Egypte dans l'affaire *The Arab Republic of Egypt v. Southern Pacific properties, Ltd*, en déclarant notamment ceci :

---

[35] Cour de cassation (Première chambre civile), *La Société NML Capital Ltd c/ La République Argentine*, Arrêt no. 867 du 28 sept. 2011, disponible à l'adresse : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/867_28_21103.html.

[36] *Rivista di diritto internazionale*, 1989, 416 ; *Italian Yearbook of International Law*, 1988-1992, 29 ; 87 *International Law Reports* 56 ; *American Journal of International Law*, 1990, 593 ; voir encore Tribunal de Placenza, *C.F. s.p.a. c. Giamahiria araba libica*, 11 juin 1990, *Rivista di diritto internazionale*, 1990, 406.

> To establish, to maintain and to operate embassies constitute an essential component ot the State's functions and, consequently, of the public service. Sums of money set aside for the financing of such functions must therefore be regarded as property intended for public service. The plaintiff has declared in court that the sums under attachment were set aside for the sole purpose of operating the Egyptian Embassy. There is no evidence to indicate any appropriation other than coverage of the Embassy's costs[37].

Le Conseil d'Etat des Pays-Bas s'est prononcé dans le même sens le 24 novembre 1986 dans l'affaire *M.K. v. State Secretary of Justice*, estimant que la note verbale de l'ambassade de Turquie à La Haye dans laquelle il était déclaré que toutes les sommes incluses dans le compte bancaire qui avait été saisi, étaient destinées aux frais de fonctionnement de l'ambassade, était une preuve suffisante de leur destination et que demander plus de détails serait une injustifiable intervention dans les affaires internes de la mission[38].

A son tour, le tribunal de première instance d'Aruba, par une décision du 19 août 1987, a de la même manière décidé de l'insaisissabilité d'un compte bancaire ouvert au nom du consulat de la République du Venezuela[39]. La cour de district de Rotterdam dans un arrêt du 14 mai 1998 *State of the Netherlands v. Azeta BV*[40] se prononça comme suit :

> pursuant to (unwritten) international law a foreign State is entitled to immunity from execution when execution measures are employed against the State concerned involving the attachment of property intended for the public service of that State. Establishing, maintaining and running embassies is an essential part of the function of government and hence of the public service. Moneys intended for the performance of this function must therefore be treated as property intended for the public service.

L'arrêt constate que des documents, fournis par l'ambassade du Chili, attestent que les sommes portées au crédit du compte de l'ambassade saisi sont destinées à la gestion de l'ambassade. Ces déclarations sont une preuve suffisante de l'affectation des fonds. C'est au demandeur de prouver le contraire. Demander plus de détails à l'ambassade serait une intervention inadmissible dans les affaires de la mission. Il ordonne en conséquence la levée de la saisie.

2.1.8. République fédérale d'Allemagne

Le Landsgericht de Stuttgart s'est prononcé en faveur de l'immunité d'exécution des comptes bancaires d'une mission consulaire dans l'affaire *Spanish Consular Bank Accounts case*, le 21 septembre 1971, sur base du principe que la propriété d'un Etat étranger bénéficiait de l'immunité de juridiction si elle était consacrée à

---

37 *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, 464.
38 *Netherlands Yearbook of International Law*, 1988, 439 ; 94 *International Law Reports* 357.
39 *Ibid.*, 442 en note 37.
40 *Netherlands Yearbook of International Law*, 2000, 264.

des fins souveraines; qu'il ne fallait pas entraver les fonctions diplomatiques, « *ne impediatur legatio* », quel que soit le lieu où se trouve ce compte ; que tel était le cas en l'espèce; qu'il s'agissait de fonds destinés à conduire les affaires officielles de ses consulats à Stuttgart et Frankfort[41].

La Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne s'est prononcée dans un sens semblable, le 13 décembre 1977, dans l'affaire *Philippine Embassy Bank Account*[42]. Le Gouvernement fédéral avait fait savoir à la Cour qu'il estimait toute saisie de comptes bancaires couvrant les dépenses et frais d'ambassades étrangères totalement inadmissible. La Cour fédérale constitutionnelle adopta la même position sur base des arguments suivants: des mesures d'exécution de décisions judiciaires relatives à des actes *jure gestionis* ne sont possibles sur les biens d'un Etat étranger que si ces biens ne sont pas utilisés à des fins souveraines (p. 183-185).

En vertu du droit international général, des mesures d'exécution ne peuvent être adoptées sur des biens utilisés par les missions diplomatiques dans l'exercice de leurs fonctions (p. 185-186) ; en l'espèce il convient d'appliquer le principe qu'il ne faut pas entraver les fonctions diplomatiques, « *ne impediatur legatio* » (p. 186).

Du fait de la difficulté de juger si la possibilité de fonctionner est en danger et à cause d'abus potentiels, le droit international général considère que l'étendue de la protection dont bénéficie l'Etat étranger est très large et se réfère à un danger abstrait et non à une menace spécifique (p. 186).

Il existe une règle de droit international général – au delà de l'article 22 de la Convention de Vienne de 1961 – selon laquelle les biens utilisés par l'Etat d'envoi pour l'exercice de ses fonctions diplomatiques, bénéficient en tout état de cause de l'immunité même s'ils ne tombent pas dans la sphère matérielle ou spatiale de l'inviolabilité prévue par l'article 22 de la Convention de Vienne de 1961 (p. 187).

Le but de l'inviolabilité et de l'immunité de l'ambassade est d'assurer que la fonction ne soit aucunement entravée dans l'exercice de ses fonctions diplomatiques.

> Obviously the use of funds is essential for the performance of these functions. The maintenance of such funds in connexion with these functions, and the organization and administration of the financial settlement of the diplomatic mission's costs and expenses by the sending State, belong directly to the area of the functions and duties of a diplomatic mission (p. 187-188).

L'opération d'un compte bancaire par une ambassade relève de l'exercice de ses fonctions même si les relations avec la banque peuvent être considérées comme des activités *jure gestionis*. Les demandes de l'Etat d'envoi envers la banque

---

41 65 *International Law Reports* 114.

42 Cour constitutionnelle, RFA, *Philippine Embassy Bank Account*, 13 déc. 1977, 65 *International Law Reports* 146.

découlant d'un tel compte bénéficient donc de l'immunité d'exécution selon le droit international général (p. 188).

Toute autre attitude amènerait l'autorité exécutante de l'Etat de résidence à s'assurer de l'existence de fonds et des fins auxquelles l'Etat d'envoi les destine. Exiger de l'Etat d'envoi de fournir des preuves de l'existence de fonds ainsi que de leur destination passée, présente ou future constituerait une intervention contraire au droit international dans des affaires relevant de la compétence exclusive de l'Etat d'envoi. On peut demander à l'Etat d'envoi d'assurer que le compte est bien destiné aux fins de l'ambassade, mais on doit s'en tenir aux assurances données par lui à cet égard (p. 188-189).

2.1.9. Royaume-Uni de Grande-Bretagne

La House of Lords par une décision du 12 avril 1984 dans l'affaire *Alcom Ltd v. Republic of Columbia* a adopté la même attitude[43].

Lord Diplock après avoir cité les fonctions d'une mission diplomatique prévues à l'article 3 de la Convention de Vienne de 1961 y voit le prototype d'actes accomplis dans l'exercice de fonctions souveraines (p. 181-182) ; il cite l'article 25 de la même Convention qui implique l'interdiction pour les organes de l'Etat accréditaire d'agir de manière à empêcher la mission d'exercer ses fonctions. Il renvoie à la décision de la Cour constitutionnelle de la RFA du 13 décembre 1977 qu'il trouve « entièrement convaincante » (p. 182).

S'attachant à déterminer si l'on se trouve en l'occurrence en présence de « property which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes » aux termes du State Immunity Act de 1978, Lord Diplock reconnaît qu'une partie des sommes inscrites au solde du compte bancaire peuvent être requises pour répondre à des obligations contractuelles pour biens ou services rendus, mais que pour le reste, ces sommes sont requises à d'autres fins; que la dette de la banque envers la mission est une et indivisible (p. 187). Elle ne peut pas être disséquée en fonction d'usages futurs. A moins que le créancier ne puisse prouver que le compte était destiné uniquement pour payer des opérations commerciales, une telle somme ne peut être saisie. Au demeurant l'attestation fournie par l'ambassade que les fonds sont destinés aux fins du fonctionnement journalier de l'ambassade est en soi une preuve suffisante que le compte n'est pas destiné à des fins commerciales (p. 187-188).

---

[43] (1984) 2 All E.R. 6 ; *American Journal of International Law*, 1985, 143 ; *International Legal Materials*, 1984, 719 ; 74 *International Law Reports* 170.

2.1.10. Suisse

Dans l'affaire *République de Guinée c. M.* du 4 décembre 1985, le tribunal fédéral suisse rejeta un recours de la République de Guinée à la suite d'une saisie d'un de ses comptes en banque. Elle s'en justifia dans les termes suivants :

> Il est certes de jurisprudence que des mesures d'exécution forcée ne peuvent être ordonnées à l'égard de biens appartenant à un Etat étranger lorsque ceux-ci sont destinés à des buts relevant de l'exercice de la puissance publique. Il faut cependant que les buts allégués soient concrets et que l'affectation des biens à ces buts soit reconnaissable d'une manière certaine. En l'espèce la recourante ne fournit pas le moindre élément permettant d'établir la véracité de l'affectation alléguée [...][44].

Le Tribunal fédéral s'est ultérieurement prononcé clairement dans le sens de l'insaisissabilité des comptes bancaires de la mission par son arrêt du 31 juillet 1990 dans la cause : *Z. c. Autorité de surveillance des offices de poursuite pour dettes et de faillite du canton de Genève*[45]. En l'espèce il s'agissait du compte bancaire d'une mission permanente auprès de l'Office des Nations Unies à Genève. Le Département fédéral intervint auprès de l'Office des poursuites pour que soit assuré le respect de l'immunité d'exécution. Le tribunal fédéral s'est exprimé comme suit:

> L'immunité de droit international public, eu égard à la nature des avoirs séquestrés, peut être revendiquée selon la jurisprudence autant que lesdits avoirs ont été consacrés d'une façon reconnaissable à un but concret afférent à l'exercice de la souveraineté d'un Etat. [...] La jurisprudence assimile aux buts relevant de l'exercice de la puissance publique les services nécessaires aux relations diplomatiques, savoir par exemple les immeubles d'une ambassade. Il appert ainsi que la prise en charge des coûts entraînés par le logement du personnel d'une mission permanente dans le lieu de résidence fait également partie intégrante des buts en question. Contrairement à l'opinion du recourant, les moyens financiers destinés à couvrir ces frais sont donc protégés par l'immunité d'exécution. [...] En l'espèce l'autorité cantonale a constaté que les biens séquestrés auprès de (la banque) étaient réservés uniquement au fonctionnement de la mission permanente. Elle a fondé ses constatations notamment sur deux notes diplomatiques adressées à la mission permanente de la Suisse, dont la véridicité des allégations, affirme-t-elle, ne paraît pas pouvoir être discutée. Ces faits, qui reposent sur l'appréciation des preuves, lient la Chambre de céans[46].

Le Tribunal fait au surplus une mention spécifique des « obligations internationales de la Suisse pouvant résulter de la convention de Vienne » sans détailler lesquelles.

Un avis de la Direction de droit international public du Département fédéral en date du 28 février 1991 estime que la pratique suisse va dans le sens suivant : « La pratique suisse admet une présomption suivant laquelle les comptes ouverts

---

[44] *Annuaire suisse de droit international*, 1986, 69.

[45] Chronique Caflisch, *Revue suisse de droit international et européen*, 1991, 546 et 1992, 585 ; 102 *International Law Reports* 205.

[46] *Revue suisse de droit international et européen*, 1991, 548.

par des ambassades sont toujours affectés à des fins publiques et jouissent en conséquence de l'immunité contre toute espèce d'intervention ».

Le même avis fonde l'immunité d'exécution des comptes bancaires des missions diplomatiques sur le respect de l'article 25 plutôt que celui de l'article 22 de la convention de Vienne de 1961 et poursuit:

> Concrètement, [...] l'immunité des comptes bancaires résulte de l'obligation internationale de l'Etat accréditaire de s'abstenir de tout comportement susceptible d'empêcher l'Etat accréditant de s'occuper convenablement de ses affaires. De ce principe découle l'immunité absolue des comptes en banque qui appartiennent aux missions diplomatiques et qui sont affectés à l'exercice de fonctions publiques. Ces comptes sont à l'abri des mesures que pourraient prendre les autorités locales[47].

Cette position est confirmée dans l'arrêt de la Cour d'appel du canton de Berne rendu le 5 janvier 1998 en l'affaire *État C. c. Dame X*[48] où l'immunité d'exécution de l'État étranger est fondée sur les articles 22 et 25 de la CVRD. Le Tribunal fédéral se contente d'une attestation écrite de l'État faisant l'objet du séquestre. La preuve contraire d'usage est à la charge du séquestrant.

Il résulte de ce qui précède qu'il existe en jurisprudence un courant général pour reconnaître l'insaisissabilité des comptes des ambassades. Si l'article 22(3) de la convention de Vienne est fréquemment cité[49], il en va de même de l'article 25 du principe général qui domine toute cette matière « *ne impediatur legatio* ». Ailleurs, le juge se fonde sur les principes généraux relatifs à l'immunité d'exécution relevant de l'*imperium*, dont les biens d'ambassades sont une illustration évidente.

Il existe aussi une belle unanimité en jurisprudence, pour estimer qu'il n'est pas possible de ventiler un compte mixte. Que toute tentative à cet égard serait une ingérence inadmissible dans les affaires de la mission.

2.1.11. Le vilain petit canard : La Belgique

Aussi est-on bien étonné de voir que la jurisprudence belge reste hésitante. Ainsi, un jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles, juge des saisies, du 7 janvier 1993 dans une affaire *Etat d'Irak c. Consarc corporation et Consarc engineering limited*, refuse d'admettre l'immunité d'un compte mixte de l'ambassade alléguant que celui-ci ne se trouve pas dans les locaux de celle-ci, tout

---

47 Cité dans la chronique du professeur Caflisch, *ibid.*, 1992, 572.

48 *Revue suisse de droit international et européen*, 1998, 643.

49 V. Salmon & Sucharitkul, 190-191. V. aussi M. Hardy, *Modern Diplomatic Law*, Manchester, Manchester University Press, 1968, 50 : « In view of the wider terms in which inviolability is extended to the property of diplomatic agents, it may be presumed that article 22, § 3, is merely intended to illustrate the inviolability of all items of property held by the mission, so as to include, for example, a bank account maintained in the name of the mission ».

en reconnaissant l'insaisissabilité de la partie du compte afférente aux besoins administratifs de la mission. Le Tribunal s'exprime comme suit :

> Les demanderesses à la présente cause prétendent justifier la mainlevée de la saisie-arrêt – exécution en invoquant la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques approuvée par la loi belge du 30 mars 1968. L'article 22 de ladite Convention stipule en son article paragraphe 3 : « Les locaux de la mission diplomatique, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution ».
>
> Les parties Consarc objectent judicieusement que la Convention de Vienne n'envisage pas le sort à réserver aux biens appartenant à la mission diplomatique et qui ne se trouvent pas dans ses locaux, comme c'est le cas pour les fonds déposés sur les comptes bancaires. Il faut donc se référer à ce qui a été dit plus haut sur la distinction entre le *iure imperii* et le *iure gestionis*. Il faut admettre que le compte est saisissable lorsque le compte bancaire n'est pas uniquement destiné à poursuivre les buts et à faciliter les fonctions officielles (à savoir l'administration ou la gestion quotidienne de la mission ou du poste).
>
> Nous nous rallions dès lors à l'affirmation des sociétés Consarc pour qui les 90 millions de francs belges ne sont pas uniquement destinés à l'administration et à la gestion quotidienne d'une ambassade composée de deux diplomates chiffrant eux-mêmes les besoins financiers de l'ambassade à 1'212'500 francs belges par mois soit 14'350'000 francs par an. Il y a donc lieu de donner mainlevée de la saisie à concurrence de ces montants qui représentent la partie des sommes saisies nécessaires à l'*imperium* de l'ambassade.
>
> L'Article 27 de la Convention de Vienne ne concerne que les communications, la correspondance, la valise et le courrier diplomatique, et ladite Convention est muette sur les comptes en banque de la mission[50].

En revanche, la Chambre des saisies du Tribunal de première instance de Liège, par une décision du 12 octobre 1994 en cause *Le Royaume du Maroc c/ Meziane Yasmina*, a adopté une position opposée. Il s'agissait d'une demande en annulation d'une saisie-arrêt exécution sur le compte bancaire du consulat du Maroc à Liège. La chambre a motivé son annulation de la manière suivante. Se fondant sur la jurisprudence et la doctrine belge[51], la chambre retient

> le principe de l'immunité d'exécution des missions consulaires » en se fondant sur « la nécessité de permettre à ces institutions d'accomplir efficacement leurs fonctions » (J. Linsmeau (*op. cit.*, p. 43).

---

[50] Inédit R.G. no. 16.964/92, 17.010/92 et 17.011/92.

[51] J. Linsmeau, *L'huissier de justice confronté aux immunités*, Chambre nationale des huissiers de justice (*Congrès du 22 novembre 1986*), Liège, 1986, R. Venneman, « L'immunité d'exécution de l'Etat étranger », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, 1971, 157-158 ; G. de Leval, *Traité des saisies*, no. 67, 122 et note 487.

> Attendu qu'à partir du même critère, une exception s'impose ; qu'en effet, des mesures d'exécution sont permises dès lors qu'elles portent sur des biens qui sont étrangers au bon fonctionnement du consulat ou de l'ambassade ; qu'il s'agit, en réalité, d'objets relevant d'une activité commerciale dont l'indisponibilité – voire la réalisation – ne met pas en cause la poursuite des activités du consulat ou de l'ambassade ; [...] Attendu qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que le compte bancaire saisi était alimenté par le demandeur aux fins de permettre au consulat de faire face à ses dépenses de fonctionnement (personnel et fournisseurs) ; que le blocage met donc en cause directement le bon fonctionnement du consulat[52].

Avec le jugement du 27 février 1995 du Tribunal de première instance, chambre des saisies, on se trouve à nouveau en présence d'une affaire concernant l'Iraq de Sadam Hussein, ce qui permet au juge de se donner bonne conscience pour justifier les dérives. Il s'agit de l'affaire *Irak c. SA Dumez*[53]. L'Irak, représenté par son ambassade en Belgique, tentait d'obtenir la mainlevée de la saisie-arrêt prononcée le 7 janvier 1993. Cette fois, l'argument de l'autorité du Conseil de sécurité est repoussé ; la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité est déclarée inapplicable au cas d'espèce.

> Attendu que Dumez entend se prévaloir de ces résolutions pour affirmer qu'elles privent l'État d'Irak de la qualité d'État souverain et par voie de conséquence de toute immunité d'exécution. [...] Le Conseil de sécurité entend réserver le système de réparation exceptionnel qu'il a mis sur pied aux créances issues de la guerre elle-même. Attendu que les droits de Dumez sont de beaucoup antérieures à l'éclatement du conflit ; que la société saisissante ne peut donc puiser dans ces résolutions le droit de faire procéder à la saisie litigieuse.

En revanche le juge des saisies maintient que :

> [E]n droit international public, le principe de l'immunité d'exécution [n'a pas non plus une portée absolue] Il ne suffit pas qu'un bien appartienne à un Etat étranger pour qu'il doive ipso facto échapper à toute mesure d'exécution. [...] Cette immunité ne joue que pour *certains* biens. [...] Il s'agit de savoir si les fonds déposés entre les mains du tiers saisi sont affectés en tout ou en partie à des activités de souveraineté ; que l'Etat d'Irak a à ce propos la charge de la preuve conformément à l'article 870 du Code judiciaire. [...] Il n'existe aucune proportion raisonnable entre l'importance des montants saisis et les besoins d'une ambassade réduite à sa plus simple expression. [...] Qu'il est des lors permis de croire que les fonds saisis arrêtés entre les mains de la sa Générale de Banque font partie de dépôts infiniment plus importants en Belgique et qui dépassent de beaucoup les nécessités strictement liées au « *jus imperii* » de l'Etat d'Irak [...] Qu'il ne saurait dès lors être question d'immunité d'exécution.

---

[52] *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 94/1308, 1996, 1259.

[53] *Journaux des tribunaux*, 1995, 565, note d'Argent ; *Actual. droit*, 1996, 119, note Verhoeven ; 106 *International Law Reports* 284.

L'arrêt du 8 octobre 1996 de la Cour d'appel de Bruxelles en l'affaire *Zaïre c. d'Hoop et Pety de Thozee*[54] est plus en conformité avec le courant international, encore qu'à l'inverse, il confère à l'immunité d'exécution une portée excessive.

> Il ne se conçoit pas qu'un État étranger puisse se passer de ses avoirs bancaires, lesquels sont nécessaires à l'exercice de sa souveraineté et à la continuité des services publics qui en sont le corollaire; l'État étranger, bénéficiant d'une immunité d'exécution totale, ne saurait être contraint à apporter la preuve des fonds saisies-arrêts. Attendu qu'il n'est pas établi que l'appelante ait renoncé à l'application de l'immunité d'exécution. [Q]u'en vertu des mêmes principes, l'État étranger ne saurait être contraint à apporter la preuve de la nature des fonds saisies-arrêts.

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 février 2000 en l'affaire *Leica AG c. Central Bank of Iraq et Etat iraquien*[55] redresse une nouvelle fois la barre.

> [La résolution 687 (1991)] n'a pas modifié les règles normales concernant l'immunité d'exécution pour les dettes de l'Irak qui sont étrangères à la guerre du Golfe. [...] Sans préjudice de l'immunité diplomatique ou consulaire, l'immunité d'exécution de l'État peut seulement être invoquée pour des avoirs qui appartiennent au domaine public, et qui donc n'ont pas reçu une affectation privée. [...] [A]ttendu qu'il résulte de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, et plus particulièrement de l'article 25, que les comptes d'ambassade doivent bénéficier de l'immunité diplomatique dans l'État d'accueil. [...] [A]ttendu que [...] l'article 25 de la Convention prévoit que l'État d'accueil accorde toutes facilités à la mission pour l'accomplissement de ses fonctions. Que cela implique que les comptes en banque qui sont nécessaires ou utiles à l'exercice des fonctions de la mission ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution [...] [A]ttendu que l'immunité diplomatique des comptes d'ambassade s'applique seulement dans la mesure où les sommes déposées sur les comptes sont nécessaires ou utiles à l'exercice des fonctions de la mission. Que dans le cas contraire, il n'y aurait aucune raison d'octroyer l'immunité au compte de la mission conformément à l'article 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. [A]ttendu que l'utilité des sommes pour les fonctions de la mission relève, en principe et avec une large marge d'appréciation, du jugement de l'État d'envoi et de la mission elle-même. Que ceci ne signifie cependant pas que cette utilité ne peut être contrôlée par les tribunaux belges. [A]ttendu que dans la présente affaire, il doit être admis que les sommes saisies à charge de l'Iraq, et qui se trouvent sur les comptes ouverts à la Générale de Banque au nom de l'ambassade d'Iraq, sont nécessaires ou tout au moins utiles à l'exercice des fonctions de cette ambassade [...] [A]ttendu que Leica n'a pas fait la preuve que les sommes saisies ne sont pas nécessaires ou utiles à l'exercice les fonctions de la mission. [A]ttendu, de plus, que l'immunité d'exécution peut seulement être écartée, s'il apparaît non seulement que les sommes déposées sur les comptes de la Générale de Banque ne pourraient pas être utiles à l'exercice des fonctions de la mission, mais aussi que ces sommes, qui font partie du patrimoine de l'État iraquien, n'appartiennent pas au domaine public de l'Iraq, mais sont affectés à des fins privées. [A]ttendu qu'aucun élément ne montre l'affectation des sommes à des fins commerciales.

---

[54] *Journal des tribunaux*, 5830 – 6/1997 – 100 et note P. d'Argent.
[55] *Journal des tribunaux*, 5994 – 1/2001 – 6.

Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 juin 2002, *République du Burundi c. Landau S.*[56] :

> Il n'est pas contesté que les avoirs des États étrangers, et notamment les avoirs bancaires affectés aux besoins de leurs ambassades, bénéficient de l'immunité d'exécution. Cette immunité se limite toutefois aux avoirs bancaires spécifiquement affectés au paiement des dépenses et frais de l'ambassade. […] Le ministre burundais des Relations extérieures et de la Coopération a certifié, dans une attestation datée du 12 mai 2000, que ces comptes servent exclusivement à l'exercice des fonctions de l'ambassade telles que décrites dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et qu'aucune opération à caractère commercial n'a jamais été autorisée ni effectuée.

Arrêt de la Cour de Bruxelles du 4 octobre 2002 (*Etat d'Irak c. Vinci Constructions Grands Projets s.a. de droit français*)[57] :

> Les biens saisissables sont ceux « affectés à des activités commerciales ou de droit privé ». [L]a distinction éventuelle entre l'immunité d'État résultant du droit international général et l'immunité diplomatique résultant de l'article 25 de la convention de Vienne de 1961 dont bénéficient les comptes de l'ambassade […] ne présente pas d'intérêt pratique […] puisque dans les deux cas, c'est le critère de l'affectation des biens saisis qui décide des limites de l'immunité d'exécution : pour l'immunité d'État, la saisie est possible si les comptes sont affectés à des activités commerciales ou de droit privé, tandis que pour l'immunité diplomatique, la saisie est possible si les fonds déposés « ne sont pas utiles ou nécessaires au fonctionnement de l'ambassade ». […] Les sommes déposées sur le compte en banque d'une mission diplomatique bénéficient d'une présomption d'affectation à des fins souveraines. Mettre la preuve de l'affectation des fonds à charge de l'État dont les comptes d'ambassade sont saisis serait contraire au principe même de l'immunité, qui établit par définition une présomption en faveur de l'État qui en bénéficie. Obliger un État à devoir systématiquement et à tout moment prouver qu'il est bien dans les conditions pour jouir de son immunité revient en pratique à lui en retirer le bénéfice. L'article 24 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 qui protège les archives et documents des ambassades a une portée extrêmement large, ne se limite pas aux documents touchant à la sécurité nationale et s'étend aux extraits de compte de la mission diplomatique. L'État concerné est donc fondé à en refuser la production. Ces mêmes motifs font également obstacle à ce que la cour ordonne à l'État et/ou à la banque concernés de produire les extraits de compte concernés sur base de l'article 877 du Code judiciaire.

La Cour avait estimé que l'immunité d'exécution des États étrangers n'était pas inconciliable avec le « droit au juge » car l'intention des auteurs de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou du pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques n'était « certainement pas […] de mettre à néant le principe de l'immunité d'exécution d'État et diplomatique unanimement admis en droit international ».

---

[56] *Journal des tribunaux*, 6070 – 34/2002 – 714 ; 127 *International Law Reports* 98.
[57] *Journal des tribunaux*, 6094 – 16/2003 – 318 ; 127 *International Law Reports* 101.

Le service public fédéral belge des Affaires étrangères a, par la voix de son service du protocole, pris parti dans la controverse de manière très prudente dans une note circulaire du 18 janvier 2007 intitulée : « Différends juridiques, contentieux et problèmes de dettes dans lesquels sont impliqués des missions diplomatiques et des membres de leur personnel jouissant de privilèges – Saisie sur comptes bancaires ».

> Il arrive que des huissiers de justice pratiquent une saisie sur le compte en banque d'une Mission diplomatique, en exécution d'une décision judiciaire. Les comptes en banque ne sont pas explicitement mentionnés comme étant inviolables dans les Conventions de Vienne. La jurisprudence belge n'est pas univoque sur ce plan : dans le passé, des saisies ont déjà été opérées sur les comptes en banque de Missions diplomatiques, et même sur des comptes qui servaient uniquement à l'exécution des tâches de la Mission diplomatique. A la lumière du principe « *ne impediatur legatio* » et de l'inviolabilité de la Mission diplomatique (article 22, paragraphe 3, et article 25 de la Convention de Vienne de 1961), la Direction Protocole & Sécurité – P&SI ne peut que regretter ces saisies. Toutefois, le principe de la séparation des pouvoirs en Belgique n'autorise pas le Service public fédéral Affaires étrangères (et donc la Direction Protocole & Sécurité – P&SI) à prendre des mesures qui relèvent de la compétence du pouvoir judiciaire ou à intervenir auprès de ce dernier. Si une saisie est pratiquée sur le compte en banque d'une Mission diplomatique, le Service public fédéral Affaires étrangères peut donc seulement conseiller à la Mission diplomatique de faire annuler la saisie par la voie judiciaire, en se reportant éventuellement à cette occasion aux articles 22 et 25 de la Convention de Vienne de 1961. Les services d'un avocat seront certainement utiles à la Mission diplomatique dans pareil cas, pour préserver ses intérêts dans la procédure judiciaire, et pour négocier directement, le cas échéant, avec le saisissant afin d'obtenir la levée de la saisie.

Il est regrettable que cette note n'ait pas fait l'objet depuis lors d'une révision pour affirmer de manière plus ferme la position du Gouvernement belge sur l'illégalité internationale de saisies de biens publics d'Etat étranger. De plus, le principe de la séparation des pouvoirs n'a pas pour effet de dégager la responsabilité de la Belgique en cas de violations du droit international accomplies par les tribunaux internes[58].

Sur le plan de l'opportunité on soulignera enfin que nombre des réclamations opérées par des personnes privées contre les missions ne sont pas nécessairement liées à l'activité desdites missions sur le territoire de l'Etat accréditant : il s'agit souvent d'un tiers, étranger à cet ordre juridique qui essaye ainsi de saisir des biens de son débiteur en quelque lieu qu'ils se trouvent.

---

[58] Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (12 déc. 2001) « Article 4.1. Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions exécutives, législatives judiciaires ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit la nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat ».

La jurisprudence chaotique de la Belgique a pour effet de transformer ce pays en maillon faible de la chaîne et de lui donner le triste privilège d'être un des rares pays ou n'importe quel débiteur d'Etat peut se satisfaire sur les comptes bancaires des missions diplomatiques auprès du Roi, de l'Union européenne, de l'OTAN de l'UEO et des missions consulaires. Un événement récent montre les retombées inopportunes de cette jurisprudence aléatoire.

La presse a rapporté récemment que :

> La justice belge a ordonné une saisie sur le compte de l'ambassade du Rwanda à Bruxelles suite à une plainte d'un ressortissant rwandais. Gaspard Gatera, un ancien dirigeant de la société Agro-Consult, est la personne à l'origine de cette saisie exécutée ce 20 octobre *[2011]* en raison de la dette que le gouvernement rwandais lui doit[59].

Par mesure de « rétorsion » les autorités rwandaises ont bloqué les comptes de l'ambassade belge à Kigali en novembre 2011. Interrogé par le sénateur Bert Anciaux[60] à propos de cette mesure de « rétorsion », le ministre des Affaires étrangères a répondu notamment ce qui suit :

> Les comptes de l'ambassade de Belgique à Kigali ne sont pas encore débloqués. Ce blocage est, en fait, la conséquence de la saisie conservatoire d'un compte bancaire de l'Ambassade du Rwanda à Bruxelles, intervenue à la requête d'une société de droit rwandais. En effet, le Rwanda prétend que, par cette saisie, le Gouvernement belge a manqué à son obligation de protéger les comptes de l'Ambassade du Rwanda conformément à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. En vue de trouver une solution au problème, l'État belge est intervenu volontairement aux côtés de l'État rwandais pour demander la mainlevée de cette saisie au Tribunal de Première instance de Bruxelles. Cette affaire est toujours pendante devant le juge des saisies.

Ce nouvel incident ne peut qu'inciter la Belgique à se tourner vers les voies conventionnelles pour régler définitivement le problème.

2.2. *Les solutions conventionnelles*

2.2.1. Le projet de la Commission du droit international sur les immunités de l'État

La Commission du droit international a abordé de front la question dès son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens adopté provisoirement en première lecture lors de sa trente-huitième session (1986)[61].

---

[59] P. Habimana, « Le compte bancaire de l'ambassade du Rwanda à Bruxelles bloqué », 30 oct. 2011, disponible à l'adresse : http://www.jambonews.net/actualites/20111030-le-compte-bancaire-de-l'ambassade-du-rwanda-a-bruxelles-bloque/.

[60] Question écrite no. 5-5371.

[61] Voir *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-huitième session*, 5 mai–11 juillet 1986, 6-53, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1986/Add.1 (Part 2), *Annuaire de la Commission du droit international*, II, 1986, 2e partie, 8.

L'article 23, intitulé « catégories spécifiques de biens » cite parmi la liste de biens d'Etat qui échappent aux mesures de contrainte au sous-alinéa (a) du premier alinéa :

> Les biens, y compris les comptes bancaires, situés sur le territoire d'un autre Etat et utilisés ou destinés à être utilisés aux fins de la mission diplomatique de l'Etat ou des postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations aux organes des organisations internationales ou aux conférences internationales.

Cette catégorie de biens d'Etat n'est pas considérée comme faisant partie des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat à des fins commerciales non gouvernementales, ils ne peuvent par conséquent en tant que biens d'Etat faire l'objet d'une saisie ou mesure d'exécution sauf par consentement exprès et spécifique de l'Etat propriétaire, locataire, usager ou utilisateur de ces biens.

Après avoir reçu les observations des gouvernements, la Commission a adopté en seconde lecture un texte identique[62]. Cet article (devenu l'article 19 du projet) fut légèrement modifié en 1991, sans affecter le sens général du texte :

> [1.] Les catégories de biens d'Etat suivantes ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens des dispositions de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 19 : (a) Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés aux fins de la mission diplomatique de l'Etat ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations aux organes des organisations internationales ou aux conférences internationales.

Le rapport de la Commission du droit international commente ainsi cette partie de l'article :

> [3.] Les biens énumérés à l'alinéa *a* du paragraphe 1 sont uniquement les biens utilisés ou destinés à être utilisés aux « fins » des fonctions diplomatiques de l'Etat. Cela exclut manifestement les biens tels que les comptes bancaires ouverts par les ambassades à des fins commerciales. Des difficultés s'élèvent parfois touchant un « compte mixte » qui est ouvert au nom d'une mission diplomatique, mais qui est utilisé occasionnellement pour le paiement, par exemple, de biens et services entrant dans les dépenses courantes de la mission. La tendance qui semble se dégager de la jurisprudence récente semble être que le solde créditeur qu'un tel compte en banque fait apparaître en faveur de l'Etat étranger ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une ordonnance de saisie émanant du tribunal de l'Etat du for, en raison du caractère généralement non commercial du compte[63].

---

[62] *Annuaire de la Commission du droit international*, II, 1989, 2e partie, 130.
[63] *Annuaire de la Commission du droit international*, II, 1991, 2e partie, 61-62.

2.2.2. Les résolutions de sociétés savantes

Il est intéressant de souligner que l'Institut de droit international au cours de sa session de Bâle en 1991 s'est prononcé dans le même sens dans sa résolution sur les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats, article IV(2) :

> En particulier les catégories suivantes de biens d'un Etat bénéficient de l'immunité d'exécution: les biens utilisés par les missions diplomatiques ou consulaires de l'Etat, par ses missions spéciales ou par ses missions auprès des organisations internationales ou dont l'utilisation par ces missions est prévue[64].

De même l'International Law Association lors de sa Conférence de Buenos Aires de 1994 a adopté des *Revised draft Articles for a convention on State Immunity*, dont l'article VII se lit en particulier comme suit : « Article VIII Exceptions to Immunity from attachment and exécution [...] Attachment or exécution shall not be permitted if : [t]he property against which exécution is sought is used for diplomatic or consular purposes »[65].

Néanmoins, les termes utilisés par ce dernier organisme peuvent prêter à équivoque. Ce ne sera plus le cas avec ceux qu'utilise la Convention des Nations Unies de New York, adoptée le 2 décembre 2004 sur l'immunité des Etats et de leurs biens.

2.2.3. La Convention de New York du 2 décembre 2004

La convention des Nations Unies 2004 établit de manière très précise que les comptes bancaires des missions diplomatiques et consulaires bénéficient de l'immunité d'exécution de l'Etat.

> Article 21. Catégories spécifiques de biens
> 1. Les catégories de biens d'État ci-après ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens des dispositions de l'alinéa c) de l'article 19 : a) Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'État ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales.

Les commentateurs de ce projet ont souligné que la solution adoptée sur ce point par le texte était celle que reflétaient en substance les jurisprudences nationales[66].

---

64 Voir texte de la résolution et notre commentaire *Annuaire français de droit international*, 1991, 1285.

65 International Law Association, *Revised Draft Articles for a Convention on State Immunity, ILA Report of the 66th Conference (Buenos Aires 14-20 August 1994)*, 1994, 27.

66 G. Hafner & U. Kohler, « The United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their property », *Netherlands Yearbook of International Law*, 35, 2004,

Sans doute, la convention n'a, à ce stade, reçu que treize consentements à être lié [67]; il en faut trente pour l'entrée en vigueur. Mais le caractère coutumier de certaines de ses dispositions est d'ores et déjà reconnu, ainsi par la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion des affaires *Cudak c. Lituanie* du 23 mars 2010 et *Sabeh El Leil c. France* du 29 juin 2011 s'agissant de l'article 11 relatif aux contrats d'emploi. Dix-huit autres Etats[68] ont signé de la Convention. Parmi eux se trouve la Belgique. Une prompte ratification de leur part serait bienvenue.

2.3. *Addendum*

Au paragraphe sur la Belgique dans la section *2.1.* ci-dessus, nous regrettions l'état d'incertitude dans laquelle se trouvait la jurisprudence belge. Un arrêt de la Cour de cassation belge, *République d'Argentine*, no. C.11.0688.F/1 du 22 novembre 2012[69] clarifie définitivement la question en faveur de l'immunité des comptes bancaires des missions diplomatiques sur la base des articles 22, 3 et 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la règle coutumière internationale *ne impediatur legatio*.

> L'article 22, 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques dispose que les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y prouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission, ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Aux termes de l'article 25 de cette convention, l'Etat accréditaire accorde toutes facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission. En vertu de la règle coutumière internationale *ne impediatur legatio*, suivant laquelle le fonctionnement de la mission diplomatique ne peut être entravé, l'ensemble des biens de cette mission qui servent à son fonctionnement bénéficie d'une immunité d'exécution autonome se superposant à celle de l'Etat accréditant. Il s'ensuit qu'aucune saisie ou mesure d'exécution ne peut être pratiquée sur les biens affectés au fonctionnement d'une mission diplomatique, sauf si l'Etat accréditant consent expressément à l'adoption de mesures de contrainte pour cette catégorie de biens ou une partie de cette catégorie. [...] L'arrêt, qui, sans constater que les sommes saisies étaient affectées à d'autres fins que le fonctionnement de la mission diplomatique de la demanderesse, décide que la renonciation générale contenue dans les actes susmentionnés s'étend aux biens de cette mission diplomatique, y compris ses comptes bancaires, sans qu'il soit besoin d'une renonciation expresse et spéciale en ce qui concerne ces biens, viole les articles 22(3) et 25 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 et la règle coutumière internationale *ne impediatur legatio*.

3-49; H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, 639ss. ; E. Denza, *Diplomatic Law*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, 159.

67 Arabie Saoudite, Autriche, Espagne, France, Iran, Japon, Kazakhstan, Liban, Norvège, Portugal, Roumanie, Suède, Suisse.

68 Belgique, Chine, Danemark, Estonie, Fédération de Russie, Finlande, Inde, Islande, Madagascar, Maroc, Mexico, Paraguay, République tchèque, Royaume-Uni de Grande Bretagne, Sénégal, Sierra Leone, Slovaquie et Timor-Leste.

69 Inédit.

CHAPITRE VINGT

PROTECTION DIPLOMATIQUE RÉUSSIE ET RÉPARATION DUE: UNE GLOSE

Luigi Condorelli*

1.

L'arrêt du 19 juin 2012 de la Cour Internationale de Justice, dernier acte de la procédure judiciaire relative à l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (*République de Guinée c. République Démocratique du Congo*), est doté d'un sous-titre officiel à lui : « Indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée ». Un sous-titre dont n'étaient bien évidement pourvus ni l'arrêt numéro un du 24 mai 2007 sur les exceptions préliminaires (portant justement cet intitulé), ni l'arrêt numéro deux du 30 novembre 2010 sur le fond de l'affaire, en tête duquel aucun sous-titre ne figure. Souvenons-nous : ayant été saisie en 1998 par la Guinée d'une requête en protection diplomatique contre la République démocratique du Congo (RDC) au sujet d'un différend relatif à de « graves violations du droit international » alléguées avoir été commises sur la personne de M. Ahmadou Sadio Diallo, ressortissant guinéen, la Cour a d'abord décidé en 2007 que la requête était (partiellement) recevable « en ce qu'elle a[vait] trait à la protection des droits de M. Diallo . . .». Puis elle s'est prononcée en 2010 en jugeant que la RDC avait effectivement violé à l'égard de M. Diallo diverses normes en matière de droits de l'homme (essentiellement), et qu'en conséquence la RDC « a[vait] l'obligation de fournir une réparation appropriée, sous la forme d'une indemnisation, à la République de Guinée pour les conséquences préjudiciables résultant des violations . . . » des obligations internationales en question. Enfin, en 2012 la Cour a été finalement en mesure de spécifier quelle est en l'espèce l'« indemnisation due » par la RDC à la Guinée pour les préjudices immatériels et matériels subis par M. Diallo du fait de la violation de ses droits de l'homme : notons aussitôt que la formule « indemnisation due » à la Guinée – au-delà du sous-titre – est énoncée de nombreuses fois dans le corps de l'arrêt, et dans son dispositif en particulier.

* Professeur de droit international à l'université de Florence, Professeur honoraire à l'université de Genève.

En somme, la Guinée a mené envers la RDC une action en protection diplomatique de l'un de ses ressortissants, faisant valoir que des droits de ce dernier avaient été violés par l'Etat défendeur ; et la Cour a reconnu que ce fut effectivement le cas et que partant une réparation sous forme d'indemnisation doit être fournie par la RDC, quoique non pas à l'individu dont les droits ont été enfreints, mais à la Guinée. Dans l'un des derniers paragraphes de l'arrêt (paragraphe 57) l'on trouve néanmoins une précision inattendue : l'indemnisation est certes « due par la République Démocratique du Congo à la République de Guinée », mais voilà que la Cour fait précéder au dispositif, en clôture de l'exposé des motifs, les mots que voici : « la Cour tient à rappeler que l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci »[1].

Ce 'rappel' de la Cour sollicite quelques commentaires, qu'il convient de présenter en songeant aux débats relatifs au thème de la subjectivité internationale de l'individu : des débats auxquels Pierre-Marie Dupuy a remarquablement contribué en élaborant une conception (« globale », pour ainsi dire) fort stimulante[2] sur laquelle prend appui l'analyse qui suit.

2.

Première constatation, à caractère pour ainsi dire 'topique' : ce n'est pas dans le dispositif de son arrêt de 2012 que la Cour a décidé de faire figurer la phrase relative à la « destination finale » de l'indemnité accordée à la Guinée. Voilà un choix qui, à première vue du moins, semble indiquer que la Cour n'a pas jugé approprié de faire rentrer ladite destination finale parmi les points couverts par la *res judicata*. En effet – pour utiliser l'un de ses *dicta* – « (l)e dispositif des arrêts de la Cour est revêtu de l'autorité de la chose jugée »[3]. Il est vrai cependant que la *res judicata* peut couvrir aussi, le cas échéant, des questions dont on peut inférer que, tout en n'ayant pas été tranchées de manière expresse, elles l'ont été nécessairement par « implication logique »[4]. Or, on ne voit pas comment on pourrait

---

[1] Le texte français de l'arrêt est celui faisant foi. Dans la version anglaise le paragraphe en question est rendu ainsi: « The Court recalls that the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter's injury ».

[2] Voir le Chapitre I du Cours général de 2000 de Pierre-Marie Dupuy à l'Académie de droit international de La Haye sur « L'unité de l'ordre juridique international », P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 95ss., spécialement 106 ss.

[3] Cour Internationale de Justice (CIJ), *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ Recueil 2007, para. 123.

[4] Voir le para. 126 de l'arrêt cité à la note précédente : « … dans le cas d'un arrêt particulier, il peut se révéler nécessaire d'opérer une distinction entre, premièrement, les questions qui ont été tranchées, le cas échéant implicitement, avec force de chose jugée ;

soutenir qu'en décidant d'abord, en 2010, que sur la RDC pèse l'obligation de fournir à la Guinée une réparation appropriée, sous la forme d'une indemnisation, pour les conséquences préjudiciables résultant des violations d'obligations internationales en la personne de M. Diallo, et en décidant ensuite, en 2012, quelle est la mesure de l'indemnisation due toujours à la Guinée, la Cour aurait « nécessairement impliqué » que la Guinée a, à son tour, l'obligation internationale de verser à M. Diallo la somme d'argent qui doit lui être transmise par la RDC[5], et ce, alors qu'à aucun moment au cours de l'entière procédure cette question ni n'a été

deuxièmement, les questions accessoires ou subsidiaires, ou *obiter dicta* ; troisièmement, celles qui n'ont pas été tranchées du tout. . . . Si un point n'a en fait pas été tranché, ni expressément ni par implication logique, l'arrêt n'a pas force de chose jugée sur celui-ci ; et il peut être nécessaire de lire une conclusion générale dans son contexte afin de déterminer si elle recouvre tel point en particulier ».

[5] Notons ainsi, par exemple, ce passage de l'arrêt de 2010, para. 160 et suivant : « La Cour ayant conclu que la République démocratique du Congo avait violé les obligations lui incombant en vertu des articles 9 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, des articles 6 et 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires (voir paras. 73, 74, 85 et 97 ci-dessus), il lui appartient maintenant de déterminer, à la lumière des conclusions finales de la Guinée, quelles sont les conséquences découlant de ces faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité internationale de la RDC. 161. La Cour rappelle que « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » (*Usine de Chorzów, fond*, arrêt no 13, 1928, CPJI série A no 17, 47). Lorsque cela n'est pas possible, la réparation peut prendre « la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction, voire de l'indemnisation et de la satisfaction » (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, para. 273). Au vu des circonstances propres à l'espèce, en particulier du caractère fondamental des obligations relatives aux droits de l'homme qui ont été violées et de la demande de réparation sous forme d'indemnisation présentée par la Guinée, la Cour est d'avis que, outre la constatation judiciaire desdites violations, la réparation due à la Guinée à raison des dommages subis par M. Diallo doit prendre la forme d'une indemnisation ». Or, il est vrai que la Cour envisage ici explicitement que la réparation doit prendre la forme d'une indemnisation à mesurer en fonction « . . . des dommages subis par M. Diallo . . . » (mesure qui sera déterminée ensuite par l'arrêt de 2012) ; toutefois, l'on ne saurait pas déduire de cela, par « implication logique », l'obligation de la Guinée, une fois que l'indemnisation sera reçue par elle, de la passer à M. Diallo. Je note par ailleurs qu'une telle implication n'apparaît pas absolument nécessaire même si l'on accepte l'idée exprimée par le juge Cansado Trindade dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de 2010 (ainsi qu'à celle jointe à l'arrêt de 2012), d'après quoi « (t)he recognition of the damage suffered by the individual [. . .] has rendered unsustainable the old theory of the State's assertion of its 'own rights' (*droits propres*), with its underlying voluntarist approach. The *titulaire* of the right to reparation is the individual, who suffered the damage, and State action in diplomatic protection is to secure the reparation due to the individual concerned ». C'est le cas de souligner que la Cour n'est jamais arrivée à affirmer ou impliquer, ni dans les dispositifs ni ailleurs, que le droit de la Guinée d'obtenir la réparation qui lui est due se transformerait en véritable obligation juridique internationale de faire en sorte qu'elle soit transférée à l'individu concerné.

évoquée, débattue ou examinée d'une quelconque façon (la seule exception étant le '*rappel*' inopiné que nous sommes en train de commenter).

Mais penchons-nous maintenant sur la formulation de l'énoncé qui nous occupe, sur les vocables que la Cour a utilisés et sur leur enchaînement, pour tenter de comprendre si (même en dehors du dispositif) la Cour a entendu énoncer l'idée suivant laquelle, d'une part, la Guinée serait soumise à l'obligation internationale de verser à M. Diallo la somme reçue à titre d'indemnisation pour les préjudices subis par celui-ci et, d'autre part, M. Diallo jouirait du droit correspondant, toujours au plan international. Deux sont les éléments qui attirent l'attention à ce sujet : le premier est le membre de phrase d'ouverture régissant la proposition subordonnée lui étant rattachée, à savoir l'expression « *la Cour tient à rappeler* » (« *the Court recalls* ») ; le second est représenté par les mots « *est destinée à* » (« *is intended to* »).

Quant au premier élément, il est certain que la Cour ne « rappelle » rien qu'elle aurait établi elle-même précédemment, que ce soit dans l'arrêt de 2012 ou dans un autre : puisqu'elle ne s'est jamais penchée sur cela, il faut alors penser que son « rappel » se réfère à quelque chose d'extérieur à sa propre jurisprudence. S'agirait-il d'un principe de droit international général aux assises indiscutables d'après lequel sur l'Etat qui, grâce à son action en protection diplomatique, a obtenu d'un autre Etat l'indemnisation pour les préjudices subis par l'un de ses ressortissants, incomberait l'obligation internationale de la transmettre telle quelle à ce denier ? Rien n'est moins sûr, en l'absence de quelque démonstration que ce soit quant à l'existence d'une pratique internationale suffisamment large et d'une *opinio juris* diffuse soutenant un tel principe : la Cour d'ailleurs se garde bien de l'attester. Quant au deuxième élément (à savoir, les mots en français « l'indemnité [...] *est destinée à* réparer le préjudice subi ... » par M. Diallo, à l'instar de ceux correspondants en anglais « ... *is intended to* ... »), il semble davantage approprié pour indiquer ce qui devrait normalement et logiquement arriver, ce qui est préconisé, ce qu'il est recommandé à l'Etat protecteur de faire, et non pas ce que celui-ci a l'obligation juridique internationale[6] d'accomplir afin d'éviter d'engager sa responsabilité[7]. L'on dirait que la Cour s'est démenée pour trouver un langage bien à elle afin d'exprimer finalement, quoique sans faire usage du conditionnel (« *devrait* », « *should* »), la même idée qui se dégage de

[6] Bien entendu, il n'est pas exclu qu'une telle obligation puisse être prévue par le droit interne de l'Etat concerné.

[7] Notons par ailleurs les modalités syntaxiques choisies, qui contribuent à rendre le propos flou et susceptible de lectures diverses. En effet, la phrase qui nous intéresse est formulée au passif, de façon à éviter de désigner qui ou quoi 'destine' l'indemnité au but indiqué : autrement dit, l'auteur de la 'destination' (est-ce le droit ? la morale ? la courtoisie ? la logique ?) est laissé totalement dans l'ombre. De surcroît, on ne spécifie pas que l'indemnité est destinée à M. Diallo en réparation du préjudice subi, mais qu'elle est « destinée à réparer le préjudice subi » par lui.

l'article 19 – dont le titre est notoirement « pratique recommandée »[8] – du Projet d'articles de 2006 de la Commission du Droit International (CDI) sur la protection diplomatique : à savoir, l'idée suivant laquelle l'Etat exerçant la protection diplomatique « … devrait […] (t)ransférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables »[9]. En somme, en bonne substance ce que la Cour « rappelle » n'est donc – semble-t-il – rien de plus qu'une recommandation du même genre de celle au-delà de laquelle la CDI, malgré quelques tentatives, n'a pas pu aller face à la résistance rencontrée du côté des Etats.

Un droit (international) de l'individu à se voir transférer l'indemnisation que son Etat national a pu obtenir de l'Etat fautif à l'issue d'une action en protection diplomatique réussie ? Une obligation (internationale) pour l'Etat protecteur d'opérer un tel transfert ? La réponse qui se dégage des données que l'on vient d'examiner, la réponse fournie par la Cour en particulier (s'apparentant de toute évidence de celle de la CDI), reste pour l'heure négative, il faut bien en convenir. La tendance qui se manifeste (dont témoigne le paragraphe 57 de l'arrêt de 2012) est de dépasser la logique purement interétatique ayant traditionnellement caractérisé ce secteur des relations internationales ; toutefois, le succès n'est pas encore au rendez-vous, tout au moins pour ce qui est du sujet précis que l'on vient de considérer.

---

[8] Projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la CDI : *Rapport de la Commission du droit international. Cinquante-huitième session*, UN doc. A/61/10, 2006, art. 19 (Pratique recommandée) : Un État en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait:

a) Prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé;
b) Tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer; et
c) Transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables.

[9] Observons que la prise en compte, dans la recommandation dont il est question à l'article 19 du projet de la CDI, de l'idée suivant laquelle il est loisible à l'Etat, avant de transférer l'indemnisation reçue à l'individu concerné, de retrancher des « déductions raisonnables », laisse rêveur si l'on songe, en particulier, aux coûts extrêmement considérables d'une procédure comme celle par le biais de laquelle la Guinée a mené en l'espèce son action en protection diplomatique de M. Diallo : une procédure lui ayant permis d'obtenir au bout du compte – à titre d'indemnisation pour les préjudices subis par le particulier intéressé – une somme très certainement infime par rapport auxdits coûts (que la Cour *in casu* a refusé de faire endosser à la RDC) ; insuffisante déjà, à vrai dire, par rapport aux préjudices réellement subis par M. Diallo, si l'on se laisse persuader par les remarques formulées par le juge Yusuf dans sa déclaration annexée à l'arrêt de 2012, reprochant à la Cour de ne pas avoir procédé à déterminer l'indemnisation en tenant dûment en considération tous les « grounds of equity » pertinents. Plus en général, il y a d'ailleurs à se demander si la notion de « déductions raisonnables », qu'on l'articule explicitement ou pas, ne risque pas de rendre foncièrement théorique tant la recommandation de la CDI que le « rappel » de la Cour.

3.

Les réflexions qui précèdent portent sur un aspect somme toute de détail du grand thème de la protection diplomatique, centrées comme elles le sont sur la question de savoir à qui l'indemnisation est due. Elles amènent cependant, à peu près inévitablement, à poser des questions ultérieures et pour ainsi dire voisines mais davantage centrales, concernant toujours la place de l'individu dans le cadre de la protection diplomatique. On les formulera ainsi : comme on l'a vu, la Cour, dans sa jurisprudence *Diallo*, a adhéré en substance à l'idée (dont s'inspire l'article 19*c* du Projet de 2006 de la CDI) suivant laquelle l'Etat protecteur agirait convenablement s'il transférait à l'individu concerné l'indemnisation obtenue au vu des préjudices subis par celui-ci, même si l'on ne saurait prétendre qu'il en a l'obligation; il est par ailleurs couramment admis que pour l'heure on ne saurait soutenir qu'un Etat, dont le ressortissant a subi des préjudices découlant de violations (fussent-elles graves ou gravissimes) de ses droits par un autre Etat, a l'obligation – d'après les principes internationaux actuellement en vigueur – d'agir en protection diplomatique du particulier intéressé, quoiqu'il puisse être sans aucun doute souhaitable qu'il le fasse (comme le suggère à nouveau – autre « pratique recommandée » – l'article 19 du Projet de la CDI, aux lettres *a* et *b* notamment)[10]. Mais alors, est-ce que tout ceci implique qu'en bonne substance la protection diplomatique doit encore et toujours être conçue comme un outil par lequel l'Etat fait valoir, non pas les droits de l'individu qu'il protège, mais le sien ? Il va de soi qu'on ne saurait envisager d'étudier maintenant à fond un tel sujet, dont traite d'ailleurs une littérature foisonnante : il s'agit pour nous exclusivement de tenter de dégager les indications qu'on peut tirer en la matière de la jurisprudence *Diallo*.

Pour ce faire il convient de jeter un coup d'œil à la définition aujourd'hui acquise de protection diplomatique, telle que l'a mise à jour la CDI en son projet de 2006 : une définition de compromis, âprement discutée au sein de la Commission, à laquelle néanmoins quelques mois plus tard, tambour battant donc (justement, dans son arrêt numéro un de 2007 en l'affaire *Diallo*)[11], la Cour a

---

[10] Concernant l'absence d'un droit des particuliers à la protection diplomatique et d'un devoir correspondant de l'Etat national, on rappellera qu'à titre de « développement progressif » le Rapporteur spécial Dugard avait en son temps proposé à la CDI d'inclure dans le projet un texte visant à établir l'obligation pour les Etats de protéger leurs ressortissants contre des violations graves du *jus cogens*. Mais l'accueil réservé à cette proposition fut tellement critique que le Rapporteur spécial l'abandonna an admettant que « la question n'était pas encore mûre » (CDI, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième session*, UN doc. A/55/10, 2000, 131). Voilà pourquoi la CDI n'a pu aller finalement au-delà de la « recommandation » figurant à l'article 19, cité précédemment.

[11] CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, para. 59.

accordé sans la moindre hésitation le sceau de sa haute approbation en la qualifiant de reflet fidèle du droit international coutumier. La voici : la protection diplomatique « 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 »[12]. Chacun sait où réside la nouveauté essentielle de cette définition, laissant de côté maintenant la question de savoir si elle traduit une innovation véritable (de fond, pour ainsi dire), ou plutôt et plus modestement un *aggiornamento* à caractère fondamentalement rhétorique : le « droit propre » de l'Etat protecteur, qui était le protagoniste absolu de la célèbre 'définition *Mavrommatis*' de 1924 (mais aussi, et même encore plus, de la définition '*Barcelona Traction*' de 1970)[13] n'apparaît plus sur scène. Il n'est plus question pour cet Etat, au moyen de l'action de protection diplomatique, de « faire valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »[14].

Doit-on tirer de cela l'idée qu'en agissant en protection diplomatique de l'un de ses ressortissants l'Etat, d'après la conception moderne, ne ferait plus valoir *son* droit (tel que décrit dans la 'définition *Mavrommatis*'), de protéger ses ressortissants lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat ? Certainement pas ! Le projet de la CDI regorge d'ailleurs d'indications bien nettes se référant explicitement au « droit » de l'Etat protecteur. Ce que la nouvelle définition met en évidence n'est pas en réalité la disparition du droit de l'Etat, mais plutôt la disparition – pour ainsi dire – de sa 'propriété exclusive' ou, si l'on préfère, l'avènement au sein même de la protection diplomatique des droits de l'individu à côté du droit de l'Etat : autrement dit, la responsabilité internationale d'un deuxième Etat, que l'Etat protecteur invoque moyennant son action, peut fort bien découler de faits illicites constitués par la violation par

---

[12] Article 1er du Projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la CDI : *Rapport de la Commission du droit international. Cinquante-huitième session*, UN doc. A/61/10, 2006, art. 1.

[13] CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, CIJ Recueil 1970, paras. 78 et 79 : « La Cour rappelle que, dans les limites fixées par le droit international, un Etat peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir [...] L'Etat doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce. Sa demande n'étant pas identique à celle du particulier ou de la société dont il épouse la cause, l'Etat jouit d'une liberté d'action totale ».

[14] Cour Permanente de Justice Internationale (CPIJ), *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Grande-Bretagne)* (1924), Ser. A, No. 2, 12.

ce deuxième Etat de droits internationaux de l'individu concerné[15]. Ce point est illustré de façon éclatante par la jurisprudence Diallo, à commencer par la remarque fondamentale que l'on trouve au paragraphe 39 de l'arrêt de 2007 où la Cour souligne que « (e)n 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 »[16].

---

[15] Il convient de rappeler que c'est dans son arrêt du 27 juin 2001 en l'affaire *LaGrand* (suivi par l'arrêt *Avena* du 31 mars 2004) que la CIJ a mis pour la première fois en évidence la possibilité que la protection diplomatique représente le cas échéant une action d'un Etat faisant valoir, tant son droit au respect par un autre Etat des règles d'un traité se rapportant au traitement des étrangers que, en même temps, le droit que l'un des ressortissants du premier Etat tire du traité en question. Evidemment, la nouveauté est justement de relever que dans des cas de ce genre jouent dans la protection diplomatique, non seulement le droit de l'Etat protecteur, mais aussi les droits (internationaux) des particuliers qu'il protège. Une précision est de mise à propos de ces deux affaires. On lit souvent, en effet, qu'ils concerneraient plutôt la protection consulaire, mais qu'ils seraient également pertinents (par analogie, en quelque sorte) pour la protection diplomatique. Cependant, cette approche n'est pas exacte : dans les deux cas, en effet, il s'agissait bien de protection diplomatique, l'Etat protecteur faisant valoir la responsabilité encourue par un deuxième Etat du fait de manquements à ses obligations internationales au préjudice de ressortissants du premier Etat : des obligations qui, en l'espèce, portaient justement sur la protection consulaire. A noter que dans l'affaire *Diallo* aussi joue (quoique en tant que composante secondaire du dossier) ce qu'on peut appeler la protection diplomatique face à des faits internationalement illicites concernant la protection consulaire.

[16] Au paragraphe suivant (40), l'arrêt de 2007 se poursuit ainsi : « (e)n 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 ». Comme on le sait, ensuite (arrêt de 2010) la Cour examinera dans quelle mesure la RDC a effectivement violé les droits de l'homme de M. Diallo, pour établir enfin (en 2012) quelle est l'indemnisation due par la RDC à la Guinée en raison des préjudices subis par l'individu concerné du fait de la violation de ses droits par la RDC. On le sait, le thème concernant l'emploi de la protection diplomatique aux fins du respect des droits de l'homme, dont l'affaire *Diallo* offre une illustration remarquable, est l'objet d'un débat doctrinal qu'il n'est pas utile d'évoquer ici. Voir à ce sujet, par exemple, L. Condorelli, « La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application », *Rivista di Diritto Internazionale*, 86, 2003, 18-23 ; G. Gaja, « Is a State Specially Affected When its Nationals' Human Rights are Infringed? », in L.C. Vohrah et al. (dir.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, 373-382 ; M.I. Papa, « Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi *erga omnes* », *Rivista di Diritto Internazionale*, 91, 2008, 669-737.

Résumons en quelques mots les enseignements qui se dégagent de la jurisprudence *Diallo*. Chaque Etat a le droit d'agir (mais également, il est indéniable, de ne pas agir) en protection diplomatique faisant valoir qu'un autre Etat a violé, tant le droit de l'Etat protecteur de voir ses ressortissants traités conformément au droit international que – le cas échéant – les droits dont ces derniers sont les titulaires envers ce deuxième Etat, toujours d'après le droit international. En cas de succès, la réparation est due par l'Etat fautif à l'Etat protecteur, qui devrait normalement et logiquement en faire jouir le particulier intéressé (étant donné que les droits de ce dernier sont – aussi – en jeu), sans que l'on puisse encore dire pour l'heure, cependant, qu'il en a l'obligation.

4.

Quelles indications concernant la situation de l'individu en droit international, sa subjectivité juridique internationale, étant entendu que « (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 »[17] ? S'il est certain qu'il peut fort bien y avoir – ainsi que le souligne Pierre-Marie Dupuy – « des personnalités juridiques à contenu ou extension variables »[18], quels sont alors le contenu et l'extension de la subjectivité internationale de l'individu, tels que la protection diplomatique les met en évidence ?

L'aptitude de l'individu à être le titulaire de droits et d'obligations conférés par des normes de droit international tant coutumières que conventionnelles ne saurait être mise sérieusement en doute de nos jours : ainsi qu'on vient de le constater, la protection diplomatique, telle qu'elle est présentement conçue et organisée, en donne désormais une confirmation (sectorielle, pour ainsi dire) on ne pourrait plus claire, puisque ce que l'Etat protecteur invoque est justement la responsabilité internationale de l'Etat fautif engendrée par la violation des droits d'un ressortissant du premier Etat qui était soumis à la juridiction du second.

Il en va de toute évidence différemment concernant la question de savoir si l'individu titulaire des droits en question se voit conférer également la capacité et le pouvoir d'agir au plan international pour les défendre. Bien entendu, ce qui compte à cet égard est de s'interroger, non pas quant aux moyens et aux procédés mis éventuellement à la disposition du particulier par l'ordre juridique interne de tel ou tel Etat dans ce but, mais plutôt quant aux outils ou aux mécanismes idoines de droit international (de source conventionnelle) auxquels il aurait accès, qu'il s'agisse d'appareils judiciaires, voire aussi, le cas échéant, d'instances administratives de contrôle. Or, il se peut fort bien (même si, il faut en convenir,

---

[17] Ce *dictum* célèbre de la CIJ (CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, CIJ Recueil 1949, 178) est l'un des points de départ du discours sur la subjectivité internationale des individus que développe P.-M. Dupuy dans son Cours général, 108 : c'est à ce discours qu'il est fait référence par la suite.

[18] Dupuy, « Cour général », 110.

ce n'est de loin pas la règle) que tels ou tels droits internationaux d'individus puissent être mis en action directement par ceux-ci au plan international : ce qui – on le sait – arrive de nos jours avec une fréquence appréciable dans un certain nombre de domaines, notamment dans celui des droits de l'homme, tels ceux qui étaient en jeu dans l'affaire *Diallo*. Malheureusement, ainsi que cette même affaire le laisse apercevoir à loisir, bon nombre d'instruments pertinents ne mettent pas à la disposition des individus intéressés des moyens internationaux de recours pourvus d'une réelle efficacité, afin d'obtenir la garantie tangible de leurs droits de l'homme violés par un Etat. Il est évident que, lorsqu'il en va ainsi, l'intervention de l'Etat national au titre de la protection diplomatique peut alors représenter un outil fort appréciable, sinon irremplaçable, pour assurer le respect des droits en question. Cet outil, cependant, tout en étant donc susceptible d'être mis au service des droits de l'homme (voire aussi d'autres droits individuels), non seulement n'est pas pertinent pour les droits des particuliers envers leur propre Etat national, mais de surcroît ne peut assurément pas être qualifié de disponible pour les individus à l'avantage desquels il serait en mesure de jouer (les étrangers). Ceux-ci, en effet, outre qu'ils n'ont pas qualité pour l'actionner, de surcroît ne se voient reconnaître, ni le pouvoir d'exiger de leur Etat national (seul titulaire du droit d'agir) qu'il les protège, ni le pouvoir d'influer quant à la manière de conduire une telle protection et quant au choix des objectifs à poursuivre par son biais, ni non plus le droit d'obtenir que leur soient transférés les bénéfices d'une protection diplomatique réussie. Le chemin de l'« humanisation » du droit international en est encore à ses débuts concernant la protection diplomatique !

En conclusion, si l'on accepte l'idée de l'étendue et du contenu variables de la personnalité internationale et l'on évalue celle-ci, concernant l'individu, en songeant à la protection diplomatique, il ressort de ce que l'on vient de relever que les particuliers y apparaissent bien en tant que sujets internationaux, quoique seulement dans la mesure où est en jeu justement la mise en œuvre de leurs droits. En revanche ces mêmes individus, malgré que la titularité des droits en cause leur soit reconnue, ne sont toujours pas dotés de capacités ou de facultés significatives pour ce qui est du déclenchement, du fonctionnement et de l'aboutissement de ce moyen de mise en œuvre de leurs droits. En somme, bien que modernisée la protection diplomatique n'enrichit pas de manière appréciable le portefeuille des droits internationaux des particuliers dont l'ensemble identifie la mesure de leur subjectivité internationale.

CHAPITRE VINGT-ET-UN

QUEL PRÉJUDICE POUR UN ÉTAT QUI EXERCE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE ?

Giorgio Gaja*

1. Introduction

Les quelques réflexions qui suivent visent une matière, celle de la responsabilité internationale, sur laquelle Pierre-Marie Dupuy a donné d'importantes contributions dès son premier livre[1]. Cette matière a considérablement évolué, notamment à la suite de ce qu'il a appelé « l'onde de choc de la révolution des droits de l'homme »[2]. La considération de l'individu en tant que personne lésée par la violation d'obligations internationales a amené à réviser la conception traditionnelle de la protection diplomatique, qui envisageait la réparation réclamée à ce titre comme ne visant qu'un préjudice subi par l'Etat. Trois arrêts successifs rendus par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo)* portent à s'interroger sur quels sont les préjudices en jeu quand un Etat exerce la protection diplomatique au bénéfice d'un de ses ressortissants.

2. La conception traditionnelle du préjudice subi par l'Etat qui endosse une réclamation

D'après la célèbre définition énoncée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, l'Etat qui protège ses nationaux, « en prenant fait et cause pour l'un des siens [...] fait, à vrai dire, valoir son

* Juge à la Cour internationale de Justice.

1 P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976.

2 P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 417.

droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »[3].

Dans la même optique, la Cour permanente s'est interrogée dans l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité)* sur la réparation du préjudice subi par l'Etat qui exerce la protection diplomatique. Elle a affirmé qu' « [i]l est un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité correspondant au dommage que les ressortissants de l'Etat lésé ont subi par suite de l'acte illicite contraire au droit international »[4]. La Cour permanente a expliqué que « la réparation due à un Etat par un autre Etat ne change pas de nature par le fait qu'elle prend la forme d'une indemnité pour le montant de laquelle le dommage subi par un particulier fournira la mesure »[5]. Elle a précisé également que les « droits et intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'Etat auxquels le même acte peut également porter atteinte »[6].

Il est clair que, selon cette approche, il ne serait être question d'une obligation en droit international de réparer le préjudice du particulier en tant que tel. Sur le plan international il n'existe que le préjudice de l'Etat, même si le dommage subi par le particulier peut en donner la mesure.

Malgré certaines critiques formulées à la conception traditionnelle, on pouvait encore écrire il y a quelques années, au terme d'une analyse sur le rôle de la personne privée dans la protection diplomatique, que « la doctrine classique, dans son principe, ne saurait être abandonnée »[7].

3. Le préjudice subi par la personne lésée d'après les arrêts de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Diallo*

Si l'on compare l'approche traditionnelle avec le point de vue exprimé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Diallo* on pourrait avoir l'impression que l'optique a été bouleversée et qu'il n'est plus question du préjudice de l'Etat mais seulement de celui du particulier. Dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires dans cette affaire la Cour a entériné la définition de la protection diplomatique

---

[3] Cour Permanente de Justice Internationale (CPIJ), *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Grande-Bretagne)* (1924), Ser. A, No. 2, 12.

[4] CPJI, *Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité)* (1928), Ser. A, No. 17, 27-28.

[5] *Ibid.*, 28.

[6] *Ibid.*, 28.

[7] C. Dominicé, « La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004, 729 et 743. Voir aussi P.-M. Dupuy, Droit international public, 9ème éd., Paris, Dalloz, 2008, 523-524.

donnée par la Commission du droit international dans son projet d'articles en la matière. La Cour a dit que

> selon le droit coutumier, tel que reflété à l'article premier du projet d'articles de la Commission du droit international [...] 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'[8].

Le seul préjudice qui est mentionné dans cette définition est celui subi par la personne physique ou morale.

Dans l'arrêt sur le fond la Cour a statué que « la réparation due à la Guinée à raison des dommages subis par M. Diallo doit prendre la forme d'une indemnisation »[9].

Enfin, dans son récent arrêt sur l'indemnisation dans la même affaire, la Cour a établi le dommage moral et matériel subi par M. Diallo. Elle a précisé : « La Cour tient à rappeler que l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci »[10].

Le fait que la Cour ne mentionne pas de préjudice subi par l'Etat qui exerce la protection diplomatique ne signifie pas nécessairement que, selon la Cour, un tel préjudice ne puisse également exister. Le silence à cet égard dans les arrêts *Diallo* peut s'expliquer par le fait que la Guinée n'avait réclamé dans ses conclusions sur le fond aucune réparation au titre d'un préjudice matériel ou moral qu'elle aurait subi sinon « en la personne de son ressortissant »[11].

4. Le préjudice additionnel subi par l'Etat de la nationalité de la personne lésée

Il est clair que la jurisprudence *Diallo* met en exergue le préjudice subi par le particulier et s'écarte de la fiction d'une transposition de ce préjudice à l'Etat. On peut donc considérer le préjudice subi par le particulier comme n'affectant que le particulier lui-même, quoique l'Etat soit le seul sujet légitimé à faire

---

[8] Cour Internationale de Justice (CIJ), *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2007, 599, para. 39.

[9] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, CIJ Recueil 2010, 691, para. 161.

[10] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), Indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée*, arrêt, CIJ Recueil 2012, para. 57.

[11] CIJ Recueil 2010, 649-650, para. 14.

valoir une réclamation qui couvre ce préjudice devant la Cour internationale de Justice.

Peut-on dans cette logique, soutenir, comme il a été fait[12], que l'Etat qui exerce la protection diplomatique est une sorte de représentant du particulier et qu'il ne subit aucun préjudice dans son propre chef ? La Commission du droit international a hésité à aller aussi loin. Dans son commentaire à l'article premier du projet sur la protection diplomatique cité plus haut elle a dit que « l'Etat ne fait pas seulement son propre droit », mais « il fait aussi valoir le droit de son national lésé »[13]. Elle ne s'est toutefois pas arrêtée sur la question de quel préjudice l'Etat pourrait avoir subi.

Il est difficile d'imaginer que l'Etat de la nationalité du particulier souffre un préjudice matériel à l'occasion du préjudice subi par son ressortissant. Cela n'est toutefois pas impossible. Par exemple, dans l'affaire *Barcelona Traction* la Cour a fait allusion à l'hypothèse que la violation des obligations par l'Etat hôte affecte les intérêts économiques de l'Etat de la nationalité, tout en reconnaissant que la seule présence de ces intérêts n'est pas de nature à justifier la recevabilité d'une demande au bénéfice de ses ressortissants[14].

Il est certes plus aisé d'envisager que l'Etat de la nationalité ressente un préjudice moral. Cela spécialement lorsque le traitement infligé à un particulier ou à plusieurs particuliers dénote une attitude discriminatoire à l'égard des ressortissants du Pays qui exerce la protection diplomatique. Un préjudice moral pourrait résulter de la violation d'une obligation posée par un traité, par exemple bilatéral, qui lie ce Pays avec l'Etat hôte en matière de traitement des étrangers. On peut plus généralement postuler qu'un Etat subit un préjudice du fait que les règles de droit international en matière de traitement des étrangers ne sont pas respectées à l'égard de ses ressortissants. On revient par là au raisonnement de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis*[15], mais sans en tirer la conclusion que le préjudice de l'Etat doive être mesuré sur la base du préjudice subi par le particulier. Il s'agit en effet de préjudices distincts, même si le préjudice de l'Etat trouve son origine dans le traitement infligé à la personne physique ou morale de sa nationalité. En tout cas, le préjudice subi par le particulier n'est pas englobé dans le préjudice qui frappe l'Etat dont il est le ressortissant.

---

[12] A. Pellet, « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1359, 1376-1377 et 1382.

[13] Assemblée Générale des Nations Unies (AGNU), *Rapport de la Commission du droit international. Cinquante-huitième session*, UN doc. A/61/10, 2006, 26.

[14] CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, CIJ Recueil 1970, 46, paras. 86-87.

[15] Cf. partie 2 ci-dessus.

5. Le préjudice de l'Etat qui protège les nationaux en cas de violation d'obligations en matière de droits de l'homme

S'agissant de la violation d'une obligation en matière de droits de l'homme, qui vise par définition la protection de toute personne indépendamment de sa nationalité, le préjudice subi par l'Etat de la nationalité du particulier ne semble pas à première vue se distinguer de celui qui est subi par n'importe quel autre Etat auquel l'obligation est due. On pourrait douter qu'une réclamation à ce titre rentre dans le domaine de la protection diplomatique, d'autant plus que la condition de la nationalité qui caractérise l'exercice de la protection diplomatique n'est pas pertinente[16]. Toutefois, il est facile de comprendre que dans le droit international contemporain cette approche enlèverait beaucoup d'intérêt à la protection diplomatique et que donc une certaine résistance se soit manifestée à l'égard d'une restriction de son domaine[17]. La Commission du droit international n'a pas hésité à se tenir à une définition large de protection diplomatique, telle qu'elle résulte notamment de l'article premier de son projet d'articles en la matière[18]. De même, dans l'affaire *Diallo* la Cour internationale de Justice, après avoir adopté la définition de protection diplomatique élaborée par la Commission du droit international[19], a remarqué que « 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 »[20].

Si l'on adopte une définition de protection diplomatique qui couvre également les réclamations qui ont trait aux violations des droits de l'homme quand elles visent un ressortissant, il reste que dans ces cas l'Etat qui exerce la protection diplomatique n'aurait pas besoin de se fonder sur la nationalité de la personne lésée pour faire valoir la responsabilité internationale de l'Etat hôte. Toutefois, un Etat qui exerce la protection diplomatique ne fera généralement

---

16 Voir dans ce sens ma contribution « Is a State Specially Affected When its Nationals' Human Rights are Infringed ? », in L.C. Vohrah *et al.* (dir.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, 373-382.

17 Voir L. Condorelli, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », in J.-F. Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2003, 3, 19-24 ; A. Vermeer-Künzli, « *Diallo* and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the *Ahmadou Sadio Diallo* Case », *Leiden Journal of International Law*, 20, 2007, 941-942.

18 Cf. partie 3 ci-dessus et le commentaire de la Commission (cité à la note 13), 26-27.

19 Cf. partie 3 ci-dessus.

20 CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo*, 2007, 599, para. 39.

pas de distinction entre le cas d'une violation des droits de l'homme et celui de la violation d'une obligation en matière de traitement des étrangers. Quant à son propre préjudice moral, cet Etat pourrait l'avoir subi même en cas de violation des droits de l'homme de ses ressortissants, par exemple s'ils ont fait l'objet d'un traitement discriminatoire. Il serait plus difficile d'envisager qu'un Etat subisse un préjudice du simple fait que les règles de droit international en matière de droits de l'homme ne soient pas respectées à l'égard de ses ressortissants.

6. La qualité d'Etat lésé propre de l'Etat qui exerce la protection diplomatique

Le fait que l'Etat qui exerce la protection diplomatique subisse ou non un préjudice propre n'affecte pas sa position en tant qu'Etat lésé au sens du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat adoptées par la Commission du droit international. Dans la définition pertinente d'Etat lésé, qui est contenue à l'article 42 du projet, ce n'est pas l'existence d'un préjudice qui est décisive à cet effet, mais le fait que l'Etat soit spécialement atteint[21]. Il est d'ailleurs clair que, dans le système du projet sur la responsabilité internationale de l'Etat, un Etat qui exerce la protection diplomatique rentre dans la définition d'Etat lésé, puisque l'article 44 pose à cet égard les conditions de la nationalité et de l'épuisement des voies de recours internes qui ont manifestement trait à la protection diplomatique[22].

La troisième partie du projet ne vise que les rapports entre Etats et n'examine donc pas le rapport entre les droits de l'Etat et ceux de ses ressortissants au bénéfice desquels la protection diplomatique est exercée. Toutefois le projet n'exclut pas que, dans le cas de l'exercice de la protection diplomatique, le préjudice qui est essentiellement en cause soit celui qu'a subi la personne physique ou morale et que la réparation de ce préjudice doive être donnée au bénéfice de celle-ci. L'article 33 du projet contient une clause « sans préjudice » qui vise « tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat » ; le commentaire à cet article remarque que « [l]orsqu'une obligation de réparation est due à un Etat, la réparation n'est pas nécessairement effectuée au bénéfice de cet Etat »[23].

Il aurait été utile de préciser, du moins dans le commentaire, que, comme il est dit à l'article 48 du projet pour la catégorie d'Etats qui peuvent avancer une réclamation tout en n'étant pas lésés au sens de l'article 42, l'Etat qui exerce

---

[21] Voir article 42, alinéa b), i). *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, II, 2e partie, 125.

[22] *Ibid.*, 129.

[23] *Ibid.*, 101.

la protection diplomatique ne peut demander la réparation du préjudice subi par le particulier qu'au bénéfice de ce dernier[24]. Cet Etat est évidemment libre de demander la réparation à son propre bénéfice pour ce qui est du préjudice qu'il a subi.

[24] De même, dans le projet sur la protection diplomatique la Commission du droit international n'aurait pas dû se borner à prévoir à l'article 19 que l'Etat en droit d'exercer sa protection diplomatique « devrait [...] transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'Etat responsable ». *Rapport de la Commission du droit international. Cinquante-huitième session*, UN doc. A/61/10, 2006, 97.

CHAPTER TWENTY-TWO

IS THERE AN INDIVIDUAL RIGHT TO REPARATION? SOME THOUGHTS ON THE ICJ JUDGMENT IN *THE JURISDICTIONAL IMMUNITIES* CASE

Enzo Cannizzaro*

1.

The possible existence of an individual right to reparation for victims of egregious breaches of human rights is among the most controversial questions in the law of State responsibility. Classically answered on the basis of theoretical preconceptions regarding the legal status of individuals under international law, the issue needs to be reappraised in its practical aspects in light of ongoing efforts to determine the legal regime of *erga omnes* obligations. Not surprisingly, the issue echoes constantly, even if mostly silently, in recent judgments of the ICJ and in the works of the ILC.

In discussing the existence of an individual's right to reparation, one must confront the difficulty of interconnecting legal systems which apparently developed independently from each other, such as the law of State responsibility and the rules which establish mechanisms of enforcement of human rights protections. Not only does their relative logical autonomy constitute an obstacle to any attempt to identify their mutual relations; their respective legal regimes unfold along different legal paradigms. Whilst the law of State responsibility is hinged on classical interstate relations, international human rights law revolves around the opposite conceptual scheme. At the beginning of the analysis one should therefore be aware that it touches upon the more general issue of the unity of international law—an issue which vividly recalls a major contribution of the scholar to whom these pages are dedicated.[1]

* Professor of International Law and European Union Law at the University of Rome.

[1] P.-M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international, Cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002.

2.

A necessary and logical pre-condition of the existence of an individual right to reparation should be the existence of individuals' rights and duties flowing from the primary rules whose breach entails international responsibility. One might presume that a breach of international obligations can entitle an entity to invoke the responsibility of the wrongdoer only if the obligation breached is owed to that entity.

The ICJ came very close to this implication in *Avena* when it recognised that, following a breach of Art. 36 of the Vienna Convention on consular relations, "it is incumbent upon the Court to specify what remedies are required in order to redress the injury done to Mexico and to its nationals by the United States through the non-compliance with those international obligations".[2]

The existence of an individual right to reparation is neither expressly admitted nor expressly excluded by Art. 48(2)(b), of the Articles on State responsibility. This provision establishes that breaches of *erga omnes* obligations entitle every State belonging to a group of States to which the breached obligation is owed to claim reparation in the interests of the specially affected State or of the beneficiaries of the obligations breached.

One can hardly infer from the use of the word "beneficiaries" the conclusion that the affected non-State entities, unlike the affected States, do not hold a right to reparation. Indeed, the provision does not intend to determine the legal status of individuals in the system of State responsibility. Its purpose is rather to make it clear that the *omnes* not materially injured by the breach are entitled to claim the reparation only in the interest of the entities materially injured. Likewise, Art. 48(2)(b), abstains from taking a position with regard to the individual right to reparation.

The role of materially affected entities in the law of State responsibility is determined by other provisions. Art. 42(b)(i), expressly establishes that specially affected States possess the full panoply of powers and prerogatives connected with international responsibility; therefore, they are also entitled to claim reparation on their own behalf. With regard to non-State entities which, in certain circumstances, are the only entities materially injured, Art. 32(2), states that "[t]his

---

[2] International Court of Justice (ICJ), *Avena and other Mexican nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, 31 March 2004, ICJ Reports 2004, 12, para. 128. It is common knowledge that this holding was anticipated by its previous judgment in *LaGrand*, where the Court found that Art. 36(1), of the Vienna Convention on consular relations "creates individual rights, which, by virtue of Art. I of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person", ICJ, *LaGrand case (Germany v. United States of America)*, Judgment, 27 June 2001, ICJ Reports 2001, 466, para. 77; see also para. 89.

part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State".

Art. 32(2), thus makes clear that, in spite of the term "beneficiaries", Art. 48(2)(b) can in no way be read as implying that individuals do not have a right to reparation. The term "beneficiaries" employed by Art. 48(2)(b) accordingly appears to have a polysemic significance. Rather that settling the theoretical dispute on the existence of an individual right to reparation, it leaves the field open to many and even contradictory options.[3]

3.

If a right to reparation existed, it would not necessarily have peremptory nature. In its judgment of 3 February 2012 on the *jurisdictional immunities of a State*,[4] the ICJ pointed out that "against the background of a century of practice in which almost every peace treaty or post-war settlement has involved either a decision not to require the payment of reparations or the use of lump sum settlements and set-offs, it is difficult to see that international law contains a rule requiring the payment of full compensation to each and every individual victim as a rule accepted by the international community of States as a whole as one from which no derogation is permitted".[5]

This holding appears fully reasonable. However, it can hardly be read as ruling out the existence of an individual right to reparation. It merely indicates, in generic terms, that the obligation to reparation, if existent, can be derogated by an interstate agreement. This also seems to be in accordance with the function of

---

[3] See G. Gaja, "The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective", in *European Journal of International Law*, 21, 2010, 11. The Articles on State responsibility only offer a methodological direction, which emerges from the provisions that determine the conditions under which States can invoke reparation for unlawful act. Both Articles 42 and 48 expressly point out that the right to reparation is inherent in the circumstance that the obligation breached is owed to that State, individually or as a member of a group whose collective interest the obligation was designed to protect. The methodology adopted by the ICL is thus based on the simple syllogism that the holder of a right also has the secondary right to reparation, in its own interest or in the interest of the entity in whose interest the primary obligation was established. This methodology does not give us a final word on the existence of an individual right to reparation. However, it indicates that, in the legal paradigm normally applied in international law, the right to reparation is inherent in the existence of primary right. Should one admit that international law confers rights directly to individuals, the dissociation of the individual right to reparation would make it necessary to demonstrate that this paradigm does not apply to individuals.

[4] ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 3 Feb. 2012 (not yet reported), available on the ICJ website.

[5] *Ibid*., para. 94.

diplomatic protection, conceived of as the right of a State to invoke responsibility of another State for injuries to its nationals. Diplomatic protection traditionally includes the right to conclude lump sum agreements and to prevent nationals of the acting State from individually pursuing their own claim.

In principle, this solution should also apply to the right to reparation flowing from a breach of human rights. The mere fact that a right to reparation flows from a serious violation of *jus cogens* is not, by itself, an element capable of bestowing peremptory nature upon the secondary rule on reparation. It should follow that States can conclude lump sum agreements and can agree to bar individual claims.

4.

However, this conclusion would apply only if the duty to reparation were owed solely to the State injured by a breach. Such is the case where a State exercises diplomatic protection for damages suffered by its nationals in consequence of a breach of the minimum international standard on the treatment of foreigners.

The legal regime of responsibility to reparation for injuries suffered by individuals in consequence of a breach of *erga omnes* obligations is based on a different scheme. Art. 48(2) makes clear that the obligation to reparation is owed *erga omnes*. Consequently, every State of the international community is entitled to claim performance of this obligation without the need to have a special interest. As the ICJ said in its judgment of 20 July 2012 on *questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, with regard to the obligation to cease the unlawful act, "[i]f a special interest were required for that purpose, in many cases no State would be in the position to make such a claim".[6] That same rationale should also apply to the obligation to reparation.[7]

Art. 48(2)(b) was probably intended to apply to situations in which no State can claim to be materially affected by the breach and therefore no State can claim

---

[6] ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, 20 July 2012 (not yet reported), para. 69.

[7] Interestingly, the Court found that the essence of the *erga omnes* character of an obligation resides precisely in the fact that it establishes a common interest which each of its addressees is enabled to pursue. This logic distinguishes the legal reasoning followed in this case from the legal reasoning famously followed by the ICJ in *Barcelona Traction* (ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium c. Spain*, new application, Judgment, 5 Feb. 1979, ICJ Reports 1970, 3). In that case, the *erga omnes* character of an obligation was rather based on the importance of the interest protected and not so much on its structure. Having said that "an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection", the Court went on to say that "[i]n view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*" (para. 33).

a privileged status with regard to reparation. In this situation, the existence of a legal interest of every State of the international community to claim reparation in the interest of the victims typically expresses the existence of a collective dimension of a breach of *erga omnes* obligations.

There is no reason to suppose that this collective dimension disappears in the presence of a specially affected State.[8] This risk materialises when a State claims reparation for injuries arising out of a breach of human rights suffered by its nationals.

In *Diallo*,[9] the ICJ held that diplomatic protection also covers a claim to reparation for a breach of human rights. This solution intuitively satisfies the need to concentrate in one and the same entity, the national State, all the claims of reparation for injuries suffered by its citizens. This conflation, however, presents the drawback that the *erga omnes* dimension of human rights is sacrificed to the interest of the national State of the individuals injured. In an ambiguous passage of its judgment in the *jurisdictional immunities* case, the ICJ found that,

> [w]here the State receiving funds as part of what was intended as a comprehensive settlement in the aftermath of an armed conflict has elected to use those funds to rebuild its national economy and infrastructure, rather than distributing them to individual victims amongst its nationals, it is difficult to see why the fact that those individuals had not received a share in the money should be a reason for entitling them to claim against the State that had transferred money to their State of nationality.[10]

This passage seems to be based on the premise that reparation for injuries to individuals is owed to the national State regardless of the nature of the obligation breached, be it an obligation owed to that State or be it an obligation *erga omnes*.

This conclusion is not uncontroversial. The national State of the individuals materially affected has a dual interest in claiming reparation: one in its capacity as national State, and one in its capacity as a member of the international com-

---

[8] One can even doubt that the notion of specially affected State applies to breach of *erga omnes* obligations established in the interest of individuals. These obligations, by nature, are not designed to protect interests of one or more States specifically identified. Therefore, a breach of human rights can hardly be deemed to offend the individual interest of the national State of the individuals injured. That State can individually invoke the responsibility of the wrongdoer on a different account, namely by virtue of the concomitant violation of the minimum standards of treatment of foreigners. However, this is a distinct violation of international law arising out of the same conduct. It is not uncommon for the same conduct simultaneously to offend a plurality of rules protecting individual or collective interests.

[9] ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Judgment, 19 June 2012, not yet reported.

[10] ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 102.

munity and possessing an unqualified legal interest. To assign exclusive relevance to the first interest is inevitably to the detriment of the other.

The conclusion would also run against the logic of the system of protection of human rights. It would give to the national State the exclusive power to interfere with the right to claim reparation conferred to all the States of the international community in the interests of the individuals affected. If there is a plurality of entities that have a right to claim reparation on behalf of individuals affected by wrongful acts, the determination of the national State can hardly be binding on these entities. No instrument for the protection of human rights confers to the national State such an intrusive power to interfere with the consequence of a violation of fundamental rights.

Art. 16 of the 2006 ILC draft Articles on diplomatic protection seems to point in a different direction. According to Art. 16, "[t]he rights of States, natural persons, legal persons or other entities to resort under international law to actions or procedures other than diplomatic protection to secure redress for injury suffered as a result of an internationally wrongful act, are not affected by the present draft articles". This provision is designed to guarantee that remedies open to entities other than the national State of the individuals injured, including individual claims, are not barred by the fact that the State of nationality is exercising diplomatic protection. If the right to bring a claim by other entities is not barred by the mere exercise of diplomatic protection, there would be little reason for concluding that such a right would be barred by a lump sum agreement.

5.

Art. 16 of the 2006 draft Articles on diplomatic protection further reinforces the idea that reparation for breach of rights conferred in the interest of individuals cannot be disposed of by their national State. It tends to recognise the existence of a potential conflict between the exercise of concurring claims by the individuals injured by their national State, and by other States and non-State entities having a legal interest. It further tends to recognise that such a conflict cannot be conveniently settled through a rule of conflict giving priority to diplomatic protection and, ultimately, to the claim of the national State over other concurring claims.[11]

[11] In its Advisory Opinion of 11 April 1949 on the *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, ICJ Reports, 1949, 174, the ICJ seems to have recognised the existence of concurring claims to reparation by a plurality of entities, none of which has the power to interfere or to bar the claim of the others. The Court found that, "[i]n such a case, there is no rule of law which assigns priority to the one or to the other, or which compels either the State or the Organization to refrain from bringing an international claim".

There are other options as well. One is shaped by Art. 19(b) and (c) of the Draft articles on diplomatic protection.[12] These provisions recommend that States take into account the view of individuals in the decision to enter into an action of diplomatic protection and in the determination of the reparation. It further recommends that the funds obtained by the national State be transferred to these individuals. One could wonder whether this recommendation does not turn into an obligation when the reparation is claimed for breach of individual rights.

Such an obligation would create a rule of conflict which, while recognising that the action of the national State has a leading role in diplomatic protection, nonetheless makes the determination of the reparation conditional on the assent of the individuals injured by the breach. In the relations between the individuals and their national State, this rule would conveniently accommodate the contradictory needs emerging from the existence of individual rights with the classical rule on diplomatic protection. In *LaGrand*, the ICJ based the existence of an individual right on the recognition that individuals were empowered to oppose the exercise of the national State's action.[13] In the reverse order, such a logical correlation could apply to the system of reparation for breach of human rights.

6.

It thus seems that international law has developed a sophisticated set of instruments and procedures designed to deal with reparation owed in consequence of a breach of human rights. These instruments correspond to the right of the national State to exercise diplomatic protection, the right of States and non-State entities to claim reparation on behalf of the individuals affected, and the right of these individuals to assent to the determination of the reparation and to be its final beneficiaries. In other words, international law has developed a complex apparatus of instrumental procedures and remedies aimed at making effective the benefit of reparation to individuals affected by a breach of human rights.

Yet the question remains whether individuals have a right to reparation or whether they remain the mere beneficiaries, even if in some manner they are

---

[12] "A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft, should take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions".

[13] Para. 77. The Court noted that under Art. 36(1)(b) of the Vienna Convention on consular relations "[t]he said authorities shall inform the person concerned without delay of *his rights* under this subparagraph". In the view of the Court, this provision is interrelated with Art. 36(1)(c), according to which the right of the sending State to provide consular assistance to the detained person may not be exercised "if he expressly opposes such action".

involved in the process of its determination. There are a number of arguments for answering the question in the affirmative.

The existence of an individual right to reparation seems to emerge as the obvious implication, at the secondary level, of the existence of individual rights at the level of primary rules. This inference seems to meet elementary requirements of legal logic, which support the idea that a breach of individual rights which entails a duty to reparation cannot but create a right to reparation for the same individuals whose primary rights have been affected. This assumption can be enhanced by the observation of the existence of collective procedures of enforcement of the duty to reparation, which seem to obviate the structural weakness of individuals as actors in international relations. It would be incoherent to consider the existence of a collective procedure of enforcement as an element which nullifies an individual right to reparation rather than one which enhances its effectiveness.

In other words, the existence of instruments and procedures which could give full effect an individual right to reparation is a powerful argument in favour of the existence of such a right. This view would lend systematic coherence to the legal regime of reparation and would make sense of the recent developments in international law. Yet the use of a deductive method, in the presence of scant and inconsistent practice, can raise doubts as to its sufficiency to establish conclusively such a right. Different views in this regard have been held in the international scholarship.[14]

The enduring uncertainty regarding the existence of an individual right to reparation symbolically depicts the disorderly and somewhat tumultuous development of contemporary international law. The eruption of new categories of *erga omnes* obligations, established for the protection of fundamental interests of individuals, has had the inevitable effect of altering the classical scheme, without however replacing it with one endowed with an equal degree of coherence and comprehensiveness. The debate on the existence of an individual right to reparation seems destined to live long and prosper.

---

[14] Diverging conclusions have been argued, for example, by C. Tomuschat, "Reparation for Victims of Grave Human Rights Violation", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 10, 2002, 157, and by R. Pisillo Mazzeschi, "Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview", in *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003, 339. See also the *Declaration of international Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflicts (Substantive Issues)*, adopted by the 74th Conference of the *International Law Association*, held at The Hague, The Netherlands, on 15–20 August, 2010. See, in particular, Art. 6, which states that "[v]ictims of armed conflict have a right to reparation from the responsible parties", and the commentary to it, with a detailed analysis of practice, prepared by R. Hofmann, Corapporteur, available from the website of the Association at: http://www.ila-hq.org.

CHAPTER TWENTY-THREE

THE TREND TOWARDS THE RESTITUTION OF CULTURAL PROPERTIES: SOME ITALIAN CASES

Tullio Scovazzi*

1. The Basic Aspects of the Italian Legislation

The importance of cultural heritage is rooted in the mind of the majority of Italians. The unification of the country was first achieved in the cultural field, due to the *Divina Commedia* of Dante (1265–1321) and the literary works of Petrarch and Boccaccio (XIV century), written in the Italian language and not in Latin. The cultural dimension was strengthened by the great artistic tradition of the Renaissance and the Baroque styles which originated in Italy. The political unification of the country followed much later, as the kingdom of Italy was proclaimed only in 1861.

One of the first instances of legislation in the field of cultural properties is a decision taken in 1602 by the grand duke of Tuscany, subjecting to a licence the export from the State of "good paintings" and prohibiting altogether the export of the works of nineteen selected masters, namely Michelangelo Buonarroti, Raffaello Sanzio, Andrea del Sarto, Mecherino, Rosso Fiorentino, Leonardo da Vinci, Franciabigio, Pierin del Vaga, Jacopo da Pontormo, Tiziano, Francesco Salviati, Bronzino, Daniele da Volterra, Fra Bartolomeo, Sebastiano del Piombo, Filippino Lippi, Correggio, Parmigianino and Perugino.[1]

The legislation adopted in the Papal State at the beginning of the XIX century, in particular the edicts enacted respectively on 2 October 1802 and on 7 April 1820, set forth a number of fundamental principles that are reflected also in the legislation in force today. Private subjects have to declare to the State the cultural properties of which they were owners. The export of cultural properties is prohibited or subjected to an authorization, depending on the case. A register of

* Professor of International Law, University of Milano-Bicocca, Milan, Italy.

[1] See L. Parpagliolo, *Codice delle antichità e degli oggetti d'arte*, I, Roma, La libreria dello Stato, 1932, 51.

cultural properties located in the State is drawn up. The State is the owner of all archaeological objects found underground.

After the unification of the country, general legislation in the field of cultural heritage was adopted and replaced by subsequent enactments, namely Law 12 June 1902, No. 185, on the conservation of monuments, antiquities and artistic objects, Law 20 June 1909, No. 364, on antiquities and fine arts, and Law 1st June 1939, No. 1089, on the protection of properties of artistic or historic interest.[2] Provisions on cultural properties belonging to the State demesne can also be found in the civil code, approved by Royal Decree 16 March 1942, No. 262, and still in force today.[3]

After World War II, the Constitution of the Italian Republic, adopted on 27 December 1947, included the protection of landscape and of the historical and artistic heritage of the nation among the fundamental principles of the State (Art. 9, para. 2).[4] In 1999 a general regime for the cultural heritage was set forth under Legislative Decree 29 October 1999, No. 490, called Single Text on Cultural Properties, later replaced by Legislative Decree 22 January 2004, No. 42, called Code of Cultural Properties and Landscape. This enactment is composed of 184 articles and, as modified by subsequent amendments, is in force today.[5]

The main aspects of the Italian regime on ownership and movements of cultural properties, as resulting from the Code of Cultural Properties and Landscape, are the following. The cultural properties that belong to the State, the regions and the other public territorial entities (provinces or municipalities) form the cultural demesne (Art. 53). The most important among them, including archaeological areas and collections of museums, cannot be alienated (Art. 54). The others can be alienated on the basis of an authorization by the Ministry and provided that certain conditions are met (Arts. 55 and 56).

Cultural properties cannot be destroyed, damaged and used in a manner that is not compatible with their historic or artistic character or that can be detrimental to their conservation.[6] Private interests and rights, such as private owner-

---

[2] Law 27 June 1939, No. 1497, on the protection of natural beauties, was adopted in the same period.

[3] See, in particular, Art. 822, para. 2, according to which are part of the public demesne, if they belong to the State, the collections of museums, pinacothecas, archives, libraries.

[4] "[La Repubblica] tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione". Emphasis on landscape is a typical aspect of the Italian legislation on cultural heritage. It is based on the assumption that man has the capacity to recast nature in the form of cultural landscapes.

[5] For the text and a commentary see M.A. Sandulli (ed.), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, Giuffrè, 2006.

[6] "I beni culturali non possono essere distrutti, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione" (Art. 20, para. 1). Under Art. 20, para. 2, archives cannot be dismembered.

ship or the right to trade, are subordinated to the public interest to ensure the conservation of cultural heritage.[7] Accordingly, the right of the private owner to use and abuse of its properties (*ius utendi et abutendi*) is in this case excluded. The owner cannot destroy the heritage or let it be irretrievably deteriorated because of lack of care.

Movable and immovable properties that present an artistic, historical, archaeological, ethno-anthropological, archival and bibliographical interest and belong to subjects different from the State, other public entities or private non-profit entities are subject to a declaration of cultural interest, issued by the Ministry of Cultural Properties and Activities.[8] This is done on the basis of a special administrative procedure promoted *ex officio* by the Ministry or on request by the owner.

Any transfer of ownership or possession on cultural properties, in particular those belonging to private persons, must be notified to the Ministry. Within sixty days from the notification, the Ministry has a right of preemption on those properties that are intended to be transferred for money or other benefit at the same price that has been agreed by the parties to the transfer (Art. 60). Dealers in cultural properties must keep a register of the transactions made (Art. 63, para. 2) and must provide the buyer with a certification of authenticity and provenance (Art. 64).

As a rule, the definitive export of cultural properties belonging to the cultural demesne or having been declared of cultural interest is prohibited (Art. 65, para. 1) and is sanctioned as a crime. Provided that the intention of export and the value of the property are previously notified, the export of some categories of cultural properties, such as certain mobile properties or archives, photographs, films, means of transport or instruments of interest for science, is allowed on the basis of an authorization by the Ministry which issues a certificate of free circulation (Art. 68, para. 1). However, the Ministry may decide to buy the properties in question at the value indicated in the notification. This compulsory acquisition is a sort of expropriation of the property. The properties illicitly exported are confiscated, unless they belong to a person not involved in the crime (Art. 174).

Research in the field of archaeological and cultural properties in any part of the national territory is reserved to the Ministry or to the public or private subjects who have been authorized by the Ministry on the basis of a concession specifying the relevant conditions (Arts. 88 and 89). Anyone who fortuitously discovers cultural properties is bound to inform within twenty-four hours the Ministry or the mayor or the police and to ensure the provisional conservation of the properties, leaving them in the conditions and the place where they have been discovered.

---

[7] "I privati proprietari, possessori o detentori di beni appartenenti al patrimonio culturale sono tenuti a garantirne la conservazione" (Art. 1, para. 5).

[8] Hereinafter: the Ministry.

The removal and taking into custody of the properties are permitted only where there is no other means to ensure their security and conservation and until the intervention of the public authorities (Art. 90).[9]

All the cultural properties found by anyone in any way in the subsoil or on the seabed belong to the State demesne, if immovable, or to the inalienable patrimony of the State, if movable (Art. 91, para. 1). The finder is entitled to a reward which is paid by the Ministry and cannot exceed one-fourth of the value of the properties found. A reward is also granted to the owner of the immovable property where the find has been made and to the holder of a concession for research.[10] The reward may be paid either in money or through the cession of part of the properties found (Art. 92, para. 4). A tax credit of value corresponding to the reward can be granted on request by the beneficiary. A special procedure, as specified in Art. 93, applies in order to determine the amount of the reward.

Immovable and movable cultural properties can be expropriated for reasons of public interest if there is an important need to improve the condition of protection in order to ensure the public enjoyment of the properties in question (Art. 95). Expropriation of immovable properties can also be made if there is a need to isolate or restore a monument, ensure to it light or perspective, improve its condition or access or facilitate the enjoyment of it by the public (Art. 96). Compensation is granted to the owner.

As it is easy to see, the Italian legislation gives priority to the general interest in preservation and public enjoyment of cultural properties.[11]

At the international level, Italy is a party to both the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (Paris, 1970) and the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (Rome, 1995). The European Union legislation on movements of cultural properties, as set forth in Council Regulation 3911/92 of 9 December 1992 on the export of cultural goods[12] and in Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State,[13] also applies to Italy.

---

[9] The expenses for removal and taking into custody are reimbursed by the Ministry.

[10] "Il Ministero corrisponde un premio non superiore al quarto del valore delle cose ritrovate: *a*) al proprietario dell'immobile dove è avvenuto il ritrovamento; *b*) al concessionario dell'attività di ricerca [...]; *c*) allo scopritore fortuito che ha ottemperato agli obblighi previsti dall'art. 90" (Art. 92, para. 1). A reward not exceeding half of the value of the cultural properties found is granted to the owner of an immovable property if he is also the holder of a concession for research or if he is also the finder of the property (Art. 92, para. 2). No reward is due to the finder if he has entered into an immovable property without the consent of the owner (Art. 92, para. 3).

[11] For the French legislation see M. Cornu & V. Négri (dir.), *Code du patrimoine et autres textes relatifs aux biens culturels*, Paris, Litec, 2010.

[12] *Official Journal of the European Communities* No. L 395 of 31 Dec. 1992.

[13] *Ibid.*, No. L 74 of 27 March 1993.

2. Canova's Mission

Moving to Italian practice in the field of movements of cultural properties, the most fascinating story that can be told is directly connected to a diplomatic mission made by the great sculptor Antonio Canova (1757–1822).

After the French Revolution, the view prevailed that France had the right and even the duty to "free" the works of art held by royal or religious oppressors in other countries and to exhibit them to the public in the national institutions, beginning with the great museum of the Louvre. This is the reason why the treaties concluded by France with defeated countries in Italy, such as those with the Papal State (Armistice of Bologna of 5 Messidor IV[14] and Peace Treaty of Tolentino of 1st Ventôse V)[15] and others,[16] included, as a fig leaf of legality, provisions on the right to remove a certain number of cultural properties chosen by French generals or commissions.[17]

In 1815, after the fall of Napoleon, Pope Pius VII sent Canova to Paris as his special envoy to King Louis XVIII in the attempt to recover the one hundred works of art and five hundred manuscripts delivered by the Papal State to France under the treaty of Tolentino. Although the question had been discussed, the instruments adopted within the framework of the Congress of Vienna (1815) did not provide explicitly for the return of cultural properties to the territories they had been taken from by France.

---

[14] Art. VIII: "Le pape livrera à la république française cent tableaux, bustes, vases, ou statues, au choix des commissaires qui seront envoyés à Rome; parmi lesquels objets seront notamment compris le buste de bronze de Junius Brutus et celui en marbre de Marcus Brutus, tous les deux placés au capitole; et cinq cent manuscrits au choix des mêmes commissaires", C. Parry, *Consolidated Treaty Series*, vol. 53, Dobbs Ferry, Oceana, 1969, 128.

[15] Art. XIII: "L'article VIII du traité d'armistice signé à Bologne, concernant les manuscrits et objets d'arts, aura son exécution entière et la plus prompte possible" (*ibid.*, 489).

[16] For example, the treaty of 20 Floréal 4 (9 May 1796) between France and Parma (Art. IV: "Il [i.e. Le Duc de Parme] remettra vingt tableaux, au choix du général en chef, parmi ceux existans aujourd'hui dans le duché"), the armistice of 23 Floréal 4 (12 May 1796) between France and Modena (Art. III: "Le duc de Modène sera tenu de livrer vingt tableaux à prendre dans sa galerie ou dans ses états, au choix des citoyens qui seront à cet effet commis") and the armistice of 16 May 1797 between France and Venice (secret Art. V: "La république de Venise remettra enfin aux commissaires à ce destinés vingt tableaux et cinq cent manuscrits au choix du général en chef").

[17] "Il n'en était fait aucun mystère. [...] Les comités chargés de diriger l'entreprise menaient leurs opérations en toute clarté, et les chefs-d'oeuvre pillés étaient reçus à Paris avec le faste et les honneurs qu'ils méritaient. Ils étaient exposés au Louvre pour témoigner de glorieuses victoires, puis envoyés dans des musées de province, sauf s'ils étaient de très grande valeur", K. Pomian, "Biens culturels, trésors nationaux, restitution", in *Museum International*, 228, 2005, 87.

Canova was known and celebrated everywhere in Europe for his outstanding artistic talent and personal qualities. He had been working for the most important private and public purchasers, including Venetian and English noblemen, the popes, Napoleon and his family, the emperor of Austria, the kings of Naples and of Bavaria, the tsar of Russia. The fact that one of Napoleon's favourite artists[18] was later in charge of recovering the masterpieces removed by the former French emperor himself should not be seen as a change in human inclinations, but simply as confirmation that the merit of art goes beyond the fate of the protagonists of history.

Yet Napoleon's habit of removing works of art from defeated countries was criticized even at the time of the height of his glory. One of Canova's most powerful allies in his mission was a booklet published in 1796 by the French scholar Antoine-Chrysostome Quatremère de Quincy (1755–1849), containing seven letters on the prejudice that would be caused to arts and science by the removal of monuments of art from Italy. In this work, re-published in Rome in 1803 and 1815, Quatremère took a clear position against the spoliation of the occupied territories.[19]

The purposes of Quatremère's booklet are clearly limited to the specific case of Rome. Nevertheless a broader scope can be attributed to his thoughts. According to Quatremère, a sort of "republic of arts and sciences" (*république des arts et des sciences*) had been established in Europe among a group of selected individuals. It was ruled by the principle of universal brotherhood which could not be defeated by the bloody practice of war.[20] A corollary to this general principle was that nobody had the right to seize properties which are the heritage of all peoples.[21] To imitate the ancient Romans who had the habit of looting conquered

---

[18] See, among Canova's works, the bronze statue of Napoleon (Brera Pinacoteca, Milan) and the marble statue of Paolina Bonaparte (Borghese Gallery, Rome). In 1802 Canova personally complained to Napoleon about the spoliation of works of art from Italy: A. D'Este, *Memorie di Antonio Canova*, Firenze, 1864, 127.

[19] Quatremère de Quincy, *Lettres sur le préjudice qu'occasionneroient aux Arts et à la Science, le déplacement des monumens de l'art de l'Italie, le démembrement de ses Ecoles, et la spoliation de ses Collections, Galeries, Musées, etc.*, Rome, 1815 (published for the first time in 1796; the 1815 edition, which Canova took with him to Paris, is used for the quotations in the following footnotes).

[20] "En effet, vous le savez, les arts et les sciences forment depuis long-temps en Europe une république, dont les membres, liés entre eux par l'amour et la recherche de beau et du vrai qui sont leur pacte social, tendent beaucoup moins à s'isoler de leurs patries respectives, qu'à en rapprocher les intérêts sous le point de vue si précieux d'une fraternité universelle. Cet heureux sentiment, vous le savez encore, ne peut être étouffé même par ces discordes sanglantes qui poussent les nations à s'entre-déchirer" (Quatremère de Quincy, *Lettres*, 3).

[21] "Ainsi, je ne puis bien répondre à votre question, qu'en faisant abstraction de ce faux intérêt de pays, qui est le partage des ignorans et des fripons: ce sera comme membre de cette république générale des arts et des sciences, et non habitant de telle ou telle nation, que je discuterai de cet intérêt que toutes les parties ont à la conservation

cities would have been to move backwards from civilization to chaos.[22] For the French scholar, to divide cultural properties by removing them from the places where they had been created was to destroy them (*diviser c'est détruire*).[23] Their removal struck a mortal blow to the education of foreign countries, without it being useful for the country that seized the properties.[24]

Quatremère's thoughts applied not only to cultural properties taken as war booty, but also to traffic in such properties during peacetime. For the same reason that a State cannot remove the cultural properties from other States, it cannot trade its own cultural properties for economic gain.[25] Cultural properties have a special status and cannot be treated as commercial goods.[26] We owe to Quatremère also the profound intuition that the richest can also be the most undeserving, especially if they are accustomed to appreciating only the commercial value of the objects that they possess.[27]

---

du tout. Quel est-il cet intérêt? C'est celui de la civilisation, du perfectionnement des moyens de bonheur et de plaisir, de l'avancement et des progrès de l'instruction et de la raison, de l'amélioration enfin de l'espèce humaine. Tout ce qui peut concourir à cette fin appartient à tous les peuples; nul n'a le droit de se l'approprier ou d'en disposer arbitrairement" (*ibid.*, 4).

22 "Je sais bien aussi qu'il existe sur l'objet de cette discussion des maximes de droit public, que quelques esprits pervers ou pervertis feignent d'ignorer, et dont l'oubli, s'il pouvoit avoir lieu, feroit rétrograder l'Europe, et rentrer son droit des gens dans le chaos de la politique léonine des anciens Romains" (*ibid.*, 8).

23 *Ibid.*, 25.

24 "Le déplacement des principaux monumens de l'art enlevés à leur patrie, doit porter un coup funeste à l'instruction des autres nations, sans devenir utile à la nation qui se les approprieroit" (*ibid.*, 87). "Mais voyez combien ce transport de monumens qui ne peut jamais être que partiel et très-borné, combien ce transfèrement funeste à l'Europe, devient encore inutile au pays qui en aura été le recéleur. En effet, croyez-vous que la nation qui se seroit adjugé à son prétendu profit, quelques-uns des modèles du beau, comme autant de ballots de marchandises, trouveroit un gros bénéfice dans cette importation? Pensez-vous qu'elle y trouve de quoi fournir à ses artistes les moyens complets de l'enseignement sans sortir de chez eux? Ce seroit s'abuser étrangement" (*ibid.*, 55).

25 "Je pense aussi que dans la défense d'une cause, il y a un choix de moyens à faire: je n'aime pas, je vous l'avoue, qu'au milieu des grandes considérations morales qui abondent dans celle-ci, on s'attache à des argumens intéressés, et qu'on fasse en quelque sorte dépendre le sort des arts et de la science en Europe, des calculs partiels de la balance du commerce. Quoi de plus contraire au véritable esprit et à l'amour éclairé des arts, que ces théories fiscales, qui ne trouvent que des objets de commerce dans les monumens de l'instruction des peuples, qui ne découvrent dans les chefs-d'oeuvre du goût et du génie, que des impôts indirects sur la curiosité étrangère" (*ibid.*, 82).

26 "Quand cessera-t-on de regarder les objets de l'instruction publique comme des joyaux, comme des diamans dont on ne jouit que pour le tarif de leur valeur?" (*ibid.*, 65).

27 "L'amour de l'argent n'a jamais produit que de l'argent" (*ibid.*, 84). "Il est évident qu'on ne peut pas diminuer autour de soi les lumières, les connoissances, les talens, le goût et l'amour des arts, sans les diminuer aussi chez soi" (*ibid.*, 91).

In fact, the *république des arts et des sciences* existed only in Quatremère's mind and it is likely that it will never be established in an international community composed of sovereign States. But such a trivial remark has no particular importance, as Quatremère put forward ethical and cultural principles that go beyond legal provisions and are relevant also today.

Relying on the political and personal support by Great Britain, Austria and Prussia, Canova was able to overcome a number of obstacles in his mission,[28] including the existence of an apparently valid treaty provision under which the objects had been removed.[29] An even stronger objection put forward by the French authorities was that the works of art in question were much better kept and made available to the public in the galleries of the Louvre Museum than in the obscurity and neglect of the Roman churches and palaces. Canova accepted this remark and undertook to have the properties collected in a properly arranged museum once they had returned to Rome.[30] This was in fact done by the papal government. As a result of his mission Canova succeeded in recovering from France seventy-seven of the removed works of art (including the Laocoon, the Apollon of Belvedere, the Transfiguration by Raphael and the Deposition by Caravaggio)[31] and several manuscripts.

This was the first time that the practice that the victorious power can take possession of the cultural heritage of the defeated countries was so clearly reversed by the return of such heritage to the place from which it had been removed. The question was asked whether it is acceptable that the stronger takes advantage of the vulnerability of the weaker to engage in the looting of cultural properties. A negative answer was given to it. The States themselves that defeated France refrained from looting the looter.

An interesting appendix to Canova's mission is the question of the return of a number of manuscripts looted in 1622 in wartime by Maximilian, Duke of Bavaria,

---

[28] See E. Jayme, "Antonio Canova, la repubblica delle arti ed il diritto internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale*, 75, 1992, 897.

[29] While not being a lawyer, it appears that the sculptor Canova was able to address complex legal questions, such as the validity or nullity of a treaty concluded under coercion or the termination of a treaty as a consequence of its breach (see F. Zuccoli, *Le ripercussioni del trattato di Tolentino sull'attività diplomatica di Antonio Canova nel 1815, per il recupero delle opere d'arte*, in *Ideologie e patrimonio storico-culturale nell'età rivoluzionaria e napoleonica*, Roma, Archivi di Stato, 2000, 617).

[30] "A tutte queste obbiezioni ho cercato di rispondere, difendendo il nostro spirito propagatore di ogni scienza e di ogni arte, e ribattendo quelle che sono puramente false, e scusando quelle che hanno qualche fondamento di verità. Io non so quello che ne avverrà, ma certo mi pare di dover presagire fino ad ora, che uscendo a buon fine, come spero, la mia impresa, saremo obbligati ad adottare su questi due punti un nuovo ordine e regolamento" (from a letter written on 15 Sept. 1815 by Canova to cardinal Consalvi, in D'Este, *Memorie di Antonio Canova*, 205).

[31] Today these four masterpieces are exhibited at the Vatican Museums in Rome.

from the Palatine Library of the University of Heidelberg and donated in 1623 by the duke to Pope Gregory XV. Forty-seven of these manuscripts were among the cultural properties which had been removed under the Treaty of Tolentino of 1797 from the Vatican Library in Rome and then recovered in Paris by Canova.

Prince Metternich, on behalf of Austria, and Prince Hardenberg, on behalf of Prussia, in two similar letters written on 26 and 31 October 1815 to cardinal Consalvi, the Secretary of State of the Pope, reminded the latter of how they had supported Canova's mission in pursuance of the needs of "justice" in order to recover objects linked to the honour and culture of a State:

> La plus part des marbles, tableaux et manuscrits, enlévés à la ville de Rome et à l'Etat Romain, se trouvent entre les mains du commissaire du St. Père, et ceux, qui restent encore, continuent à Lui être remis. Si les Puissances alliées se sont cru engagées par les considérations générales les plus importantes, à donner cet exemple éclatant de justice, et à ne point souffrir que des objets qui tiennent immédiatement à l'honneur et à la culture des nations, qui forment leur patrimoine, le plus cher, et sur lesquels le droit de la guerre ne devrait jamais s'étendre, restent la possession d'une seule qui s'en était emparée injustement, Elles ont éprouvé en même temps une satisfaction bien particulière d'avoir pu témoigner par là à Sa Sainteté le Pape leur désir de protéger Ses intérêts, et de seconder Ses vues.[32]

At the same time, Austria and Prussia took the opportunity to plead for the claim made by the University of Heidelberg for the return of the looted manuscripts. As Heidelberg was located at that time in a third country (the State of Baden), Austria and Prussia stated they were acting in the name of the interest for German culture that was shared by different States ("vu les devoirs que Leur imposent les rapports qui unissent tous les Princes de l'Allemagne, et l'intérêt qu'Elles prennent à l'honneur national, et à un rétablissement littéraire qui appartient aux plus anciens et aux plus célèbres de l'Allemagne"). They based their request on two main grounds. The first was the legal argument that the original acquisition was an illegal act to which acquisitive prescription could not bring any remedy:

> Il lui [Prince Metternich] serait facile d'entrer dans la discussion des titres qui justifient la demande l'université d'Heidelberg, de s'étendre sur l'injustice de l'acte hostile qui déplaça la propriété particulière d'un établissement entièrement étranger à la guerre, d'examiner si le laps de temps pouvait rendre légitime une possession, qui ne s'était point dans son origine.

The second argument was the cultural need to ensure that unique texts of fundamental importance for the study of the origins of German languages were returned to the country to which they were so strictly linked:

> Le Soussigné [Prince Metternich] se borne seulement à observer, que la Bibliothèque Palatine consiste pour la plus grande partie en d'anciennes poésies allemandes

---

[32] See H. Bastgen, "Vatikanische Dokumente zur Herausgabe der Codices an die Heidelberger Universität im Jahre 1816", in *Neue Heidelberger Jahrbücher*, 1929, 66.

> manuscrites, aussi étrangères par la langue, que peu intéressantes par leur contenu au pays, où elles existent à présent, tandis qu'il serait de la plus grande importance, même pour l'étude de la langue, de rendre à l'Allemagne ces monuments précieux de son ancienne littérature.

For both political reasons and the sake of consistency, it was difficult for the Pope to resist the claim which included not only the 47 codes returned from France but was extended also to the whole of the collection that had originally belonged to the Palatine Library (847 German, 1954 Latin, 393 Greek and 278 Hebrew manuscripts). In two letters of 30 December 1815 to Metternich and Hardenberg, cardinal Consalvi put forward a number of legal arguments that played against the request to return the codes, the strongest of which was that a period of no less than 192 years had elapsed since the Pope's acquisition of them. However, the cardinal concluded that the Pope was willing to donate to the University of Heidelberg the 847 codes which were linked to the old German literature (in addition to the 47 recovered in Paris), retaining all the others for the Vatican Library.[33]

The University of Heidelberg sent one of its professors, Friederich Wilken, to Rome to receive the codes and take care of their carriage. The librarian of the Vatican Library, who wanted to keep a few of the most valuable manuscripts, went as far as to suggest granting the German representative only the possibility to obtain a copy of them.[34] But the suggestion was not followed by the papal government.

During the time spent at the Vatican Library, Professor Wilken found five properties which were not among those looted in 1622 and were of the highest interest for the Palatine Library, namely four manuscripts in Latin on the history of the University of Heidelberg and the *Otfridi Monachi Versio Quatuor Evangeliorum*, which is a paraphrase of the Gospels in old German:

> La paraphrase rimée des Evangiles par le moine Otfried est un monument très estimé de l'ancienne langue allemande, très propre à en faire connaître et l'état primitif et les progrès de sa formation successive; mais il ne saurait être mis à profit qu'en Allemagne, le dialecte et l'ancien idiome dans lesquels cette paraphrase est composée et qui

---

[33] "Ad onta per altro di tutto ciò, rilevando il S. Padre dagli uffici avanzati che S.M. pone la più grande importanza nel conseguire i preziosi codici e i famosi manoscritti che formano un raro monumento dell'antica letteratura tedesca, vuol darle una nuova prova del prezzo sommo che fa dei desideri della M.S., ed è pronto a farne un dono alla università di Heidelberga, o a qualunque altro corpo piaccia alla M.S. destinarli" (*ibid.*, 78).

[34] "La Germania può provvedere alla utilità sua col farne estrarre le copie, senza che noi perdiamo gli originali che per essere unici, sono di estrema rarità e di sommo pregio. [...] Basta solo che S. Eminenza sia sempre negativo ed insista sulla libertà che si accorda di farne le copie, libertà che ampiamente provvede all'oggetto di far la storia della letteratura germanica" (Letter of 28 April 1816 by Mgr. Baldi, first librarian of the Vatican Library, to cardinal Mauri, *ibid.*, 85).

> est l'idiome du temps des premiers successeurs de Charlemagne présentent des difficultés absolument insurmontables aux litérateurs de quelque autre pays, privés des ressources pour l'entendement de notre ancienne langue, que les bibliothèques de l'Allemagne renferment. Ce manuscrit ne peut même offrir qu'un intérêt très imparfait, quand il est isolé, et il ne pourra être utile que conjointement avec les autres monuments de notre ancienne langue que la clémence du St. Père et la liberalité de V.E. nous ont restitué gracieusement.[35]

Professor Wilken, again supported by Austria and Prussia,[36] begged the Pope for an additional donation of the five properties in question. The Pope, despite the rarity of the five manuscripts, agreed to give another sign of his consideration for the two requesting powers and of his esteem for the University of Heidelberg.[37]

This second consequence of the story of the Napoleonic removals confirms the birth of a trend towards the return of cultural properties and put emphasis on its ethical dimension. Objections based on the legal argument of the long time elapsed after the removal and on the practical argument of the possibility to make and return copies were disregarded. The need to preserve the integrity of cultural heritage in the context to which it was more closely linked was also upheld.

Like France at the time of Napoleon, Germany during World War II seized many cultural properties in defeated countries not only for their value but also as a sign of political and cultural supremacy. Adolf Hitler's desire was to open in Linz a *Führermuseum* with the greatest exhibition of European art and Hermann Göring was a great art collector.[38] Although no peace treaty was ever concluded with Germany, the Peace Treaty of 1947 between the Allied and Associated Powers, on the one side, and Italy, on the other, provided also for the restitution of properties, including cultural properties, removed from Italy itself by Germany in connection with war events.[39] Italy was able to recover a number of works of art

---

35 Letter of 29 April 1816 by Prof. Wilken to cardinal Consalvi (*ibid.*, 86).

36 See the letters to cardinal Consalvi of 29 April 1816 by Baron Ramdohr, on behalf of Prussia (*ibid.*, 87), and of 2 May 1816 by *Chevalier* Lebzeltern, on behalf of Austria (*ibid.*, 88).

37 Letters of 9 May 1816 by cardinal Consalvi to *Chevalier* Lebzeltern and Baron Ramdohr (*ibid.*, 89 and 90).

38 "I knew my passion for collecting [...] since I had put my entire fortune into these works of art" (statement by H. Göring, in *The Trial of German Major War Criminals—Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 9, London, HMSO, 1947, 270). In the case of the objects and codes of the abbey of Montecassino, Italy, Göring justified the removal of works of art by the need to preserve them from destruction: "If my troops had not intervened, these priceless art treasures which were stored in Monte Cassino and belonged to the monastery there would have been entirely destroyed by enemy bombardment, that is to say, the British-American bombardment. Thus they have been saved" (*ibid.*, 271).

39 "Identifiable property of Italy and of Italian nationals removed by force or duress from Italian territory to Germany by German forces or authorities after 3 September 1943 shall be eligible for restitution. The restoration and restitution of Italian property in

which had been removed,[40] including several masterpieces, such as the "Antea" by Parmigianino, the "Danae" by Titian[41] and the "Discobolus Lancellotti".[42]

3. Two Important Restitutions

The recent Italian practice in the field of restitution of removed cultural properties[43] shows a certain degree of consistency.[44] Not only does Italy try to recover properties illegally removed from the national territory because of thefts, illegal excavations or illegal exports. But it has also returned to other countries

---

Germany shall be effected in accordance with measures which will be determined by the Powers in occupation of Germany" (Art. 77, paras. 2 and 3).

[40] See the catalogues of the exhibitions held in 1947 in Rome (Ministero della Pubblica Istruzione, *Mostra delle opere d'arte recuperate in Germania*, Roma, Farnesina, 1947) and in 1984 in Florence (*L'opera ritrovata—Omaggio a Rodolfo Siviero*, Firenze, Cantini, 1984). For the works which were still missing in 1995 see Ministero degli Affari Esteri & Ministero per i Beni Culturali e Ambientali, *L'opera da ritrovare—Repertorio del patrimonio artistico italiano disperso all'epoca della Seconda Guerra Mondiale*, Roma, Ist. Poligrafico dello stato, 1995; some of the works listed therein have been subsequently located and returned.

[41] Both paintings had been removed in 1943 by the paratroopers of the Hermann Göring Division from the Capodimonte Gallery of Naples and transported to Berlin. It seems that the Danae was given to Göring in 1944 as a birthday gift and was on display in his private house.

[42] This marble statue, a Roman copy of a Greek original, was found in 1781 in Rome and was the property of the family Lancellotti. In 1937 the prince of Essen was sent to Rome to buy works of art for Germany. According to the Italian legislation, the Discobolus could not be exported from Italy. However, Galeazzo Ciano, the Italian Minister of Foreign Affairs, asked the Minister for Public Education to allow the exportation of the statue "for administrative reasons" and "in view of the personal interest of the *Reich* Chancellor": see R. Siviero, *L'arte e il nazismo*, Firenze, Cantini, 1984, 20. The statue left Rome for Germany in 1938 and returned in 1947 even though for chronological reasons it could not fall under the scope of Art. 77, para. 2, of the Peace Treaty. It is now exhibited at the National Roman Museum of Rome.

[43] A distinction is sometimes made today between "return", used in a general sense, and "restitution", used for stolen or illegally exported properties. The term "repatriation" is also used. But this question of terminology does not seem an important one.

[44] On the question of restitution, see in general B. Hoffmann (ed.), *Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2006, 201; M. Frigo, *La circolazione internazionale dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2007; W. Sandholtz, *Prohibiting Plunder: How Norms Change*, New York, Oxford University Press, 2007; J. Nafziger & T. Scovazzi (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité—The Cultural Heritage of Mankind*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; J. Nafziger & A. Nicgorski (eds.), *Cultural Heritage Issues: The Legacy of Conquest, Colonization, and Commerce*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009; T. Scovazzi, "Diviser c'est Détruire: Ethical Principles and Legal Rules in the Field of Return of Cultural Property", *Rivista di Diritto Internazionale*, 94, 2011, 341.

some outstanding cultural properties, as the instances of the obelisk of Axum and the Venus of Cyrene show.[45]

3.1. *The Obelisk of Axum*

In Axum (or Aksum), Ethiopia, giant obelisks (or stelai) may be found. These massive ruins date from between the 1st and the 13th century A.D., when the Kingdom of Axum was a great power. In 1980 the property "Aksum" was included in the World Heritage List, as established under the Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (Paris, 1972).

In 1937 the second largest obelisk of Axum, erected some 1700 years earlier, 24 meters high and weighing 150 tons, was removed after the Italian aggression and annexation of Ethiopia. At the time of removal, it was lying on the ground broken into five fragments. Overcoming technical obstacles, it was transported by road from Axum to Massawa, by ship from Massawa to Naples and finally by road to Rome.[46] It was then erected in 1937 in front of the building of the former Italian Ministry of Colonies.[47] At that time Italy considered itself to be in some way the heir of ancient Rome which used to plunder booty from conquered cities.[48]

When the obelisk was removed, Italy was a party to the Second 1899 Hague Convention on the Laws and Customs of War on Land which prohibits the seizure of historical monuments and works of art. This treaty applies only in case of war between two or more parties and Ethiopia was not a party to it. However, unlike Italy, Ethiopia was a party to the Fourth 1907 Hague Convention on the Laws and Customs of War which re-states the same prohibition. In 1937 there was no state of war between Ethiopia and Italy, as the former had already been unilaterally annexed by the latter. Nevertheless, the illegality of the removal of the obelisk can be considered as a consequence of the fact that the war waged by Italy against Ethiopia was itself illegal.[49]

---

[45] On these two cases see T. Scovazzi, "La restituzione dell'obelisco di Axum e della Venere di Cirene", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 45, 2009, 555.

[46] A one meter piece was removed from the base of the obelisk to lighten the heaviest fragment and prevent the trailer from sinking into the sand. On the removal see ICCROM (International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property) & Ministero degli Affari Esteri, *La stele di Axum—Progetto di smontaggio e trasporto della stele di Axum dall'Italia in Etiopia*, 1999.

[47] For the project of the building for the ministry see "La nuova sede del Ministero dell'Africa Italiana", in *Gli Annali dell'Africa Italiana*, 1938, 1301.

[48] See R. Pankhurst, "Ethiopia, the Aksum Obelisk, and the Return of Africa's Cultural Heritage", *African Affairs*, 98, 1999, 235.

[49] On 7 October 1935 the Council of the League of Nations approved a report which stated that Italy had resorted to war against Ethiopia in disregard of Art. 12 of the Covenant of the League of Nations. The Council adopted a number of economic sanctions against Italy.

After the end of the war, the return of the obelisk of Axum was envisaged by a number of treaties, namely Art. 37 of the already mentioned Peace Treaty between Italy and the Allied and Associated Powers,[50] the Agreement between Ethiopia and Italy on the settlement of economic and financial matters issuing from the Treaty of Peace and economic collaboration (Addis Ababa, 1956), a joint statement signed by the two States on 4 March 1997[51] and a memorandum of understanding on the transfer and handover of the Axum obelisk, signed in Rome on 18 November 2004. On the basis of the last instrument an executive project for the transport of the obelisk at the expenses of Italy was finally approved.[52]

In April 2005, the obelisk was disconnected into three pieces and transported to Axum by Antonov airplanes, the biggest available cargo aircraft. The pieces were deposited near the original location of the monument.[53] In the same year the UNESCO World Heritage Committee applauded "the cooperation between the States Parties of Ethiopia and Italy, leading to the return of the obelisk, which could enhance the value of Axum" and welcomed "the tripartite cooperation between UNESCO and the States Parties of Ethiopia and Italy in the preparation of the re-erection of the obelisk".[54]

---

[50] "Within eighteen months from the coming into force of the present Treaty, Italy shall restore all works of art, religious objects, archives and objects of historical value belonging to Ethiopia or its nationals and removed from Ethiopia since October 3, 1935" (Art. 37). The date of 3 October 1935 corresponds to the beginning of the aggression by Italy against Ethiopia.

[51] The two countries declared themselves "appreciative of the inestimable value of the Axum obelisk to Ethiopia" and "fully cognizant of the positive impact of the obelisk's restitution on the friendship" between them. "The Italian delegation appreciated the central importance that the Ethiopian people and Government attach to the return of the Obelisk. The Ethiopian delegation expressed its deep appreciation for Italy's resolve to shoulder the responsibility for the restitution of the Obelisk to Axum. This gesture of great significance would set the seal on the renewed friendship between the two countries and peoples". The statement defined the "stages through which the operation to effect the return of the obelisk to Ethiopia shall be performed within the current year" (that is 1997).

[52] "The Italian Government shall transport the three sections of the Axum Obelisk from Italy to Ethiopia. The Italian Government shall also ensure that the air transport of the three sections of the Axum Obelisk from Fiumicino Airport to Axum Airport is carried out under conditions of maximum safety and security" (Art. I). "The Italian Government shall take charge of all the operations associated with the off-loading of the three sections of the Obelisk from the airplane at the Axum Airport" (Art. II). "The Italian Government commits itself to finance the re-erection and restoration of the Obelisk in the Axum archaeological site, to be executed by UNESCO with technical support from Italian experts in collaboration with the Ethiopian side" (Art. VI).

[53] The budget for the project, amounting to 4,736,033 $US, was provided by Italy.

[54] Decision 29 COM 7B.34.

In June 2007 a contract for the re-erection of the obelisk was concluded between the UNESCO World Heritage Center and a construction company. The work, which was financed by Italy through an extraordinary contribution to the UNESCO budget, constituted a complex and unprecedented operation.[55] On 4 September 2008 the celebrations were held for the re-erection of the Axum obelisk. For its symbolic value, this has been a memorable event for Ethiopia, Africa in general and for Italy as well. In October 2008, the UNESCO Executive Board "expressed its deep appreciation for the successful completion of the project and congratulated Italy and Ethiopia for their exemplary cooperation".[56] As stated by the President of Ethiopia,

> The decision of the Italian government to return the obelisk became a reality, among other things, as a result of the contribution of UNESCO. The diplomatic offensives of the current government of Ethiopia since the 1990s, and the goodwill of the Italian government and its change of attitude, together with the role played by the Ethiopian people and by the international and diplomatic community at various levels, were based, by and large, on respect of international rules [...].[57]

Despite a delay of about 57 years and one month from the deadline set forth in the 1947 Peace Treaty,[58] what is important today is that the obligation to return the obelisk has finally been complied with. It is preferable not to mention here all the dubious justifications put forward in the past by public and private Italian circles to avoid or delay its return.[59] It is difficult to understand how Italy, a country which is rightly proud of its own outstanding cultural heritage, could not see that the Axum obelisk is a symbol of the Ethiopian people's culture, religion and identity. In the end Italy undertook to re-establish the situation that would have existed if the monument had not been removed. To be precise, Italy also agreed to improve the original situation. The obelisk, which in 1937 was on the ground and broken into five fragments, was re-erected in its original site. This can be considered as a sort of reparation for the delayed return.

---

55 See F. Bandarin, "The Reinstallation of the Aksum Obelisk", and G. Croci, "The Engineering Project", both in *World Heritage*, No. 51, 2008, 13 and 20.

56 UNESCO Executive Board, *Decisions Adopted by the Executive Board at its 180th Session*, UN doc. 180 EX/Decisions, 17 Nov. 2008, 55.

57 "Interview—H.E. President Girma Wolde Giorgis", in *World Heritage*, No. 51, 2008, 11.

58 The Peace Treaty entered into force on 10 September 1947.

59 See Pankhurst, "Ethiopia", 236; A. Sbacchi, "Italia e Etiopia: la rilettura del periodo coloniale e la valutazione delle sue conseguenze sul paese africano", in *I Sentieri della Ricerca*, 6, 2007, 192. An instance of lack of sensitivity is a question addressed on 14 November 2002 by an Italian senator to the government. The question was whether the government, instead of the obelisk, was considering to send to Ethiopia, that was suffering for a famine, an amount of food whose value corresponded to the cost of the dismantling and transport of the obelisk (14th legislature, question No. 2-00265).

3.2. *The Return of the Venus of Cyrene*

On 31 August 2008, on the occasion of a visit by the Italian President of the Council of Ministers, Italy returned the statue of the Venus of Cyrene to Libya.[60] This headless marble statue, dating back to the 2nd century A.D., is a Roman copy of an original Hellenistic work that has never been found. It is also called the Venus "Anadyomene", that is the Venus rising from the waves. Found in 1913 by the Italian troops nearby the ruins of the old Greek and Roman settlement of Cyrene, in 1915 the Venus was removed to Rome, where it was exhibited at the National Roman Museum. When the statue was found, Italy had already unilaterally annexed Libya (Tripolitania and Cyrenaica) that had previously belonged to the Ottoman Empire (Italo-Turkish War of 1911–1912).

In 1982 the property "archaeological site of Cyrene" was inscribed on the World Heritage List. On 4 July 1998 Italy and Libya signed a joint declaration according to which Italy undertook to return "all manuscripts, artefacts, documents, monuments and archaeological objects brought to Italy during and after the Italian colonization of Libya, pursuant to the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property".[61] On 11–13 December 2000, during the first meeting of the Committee for the Italo-Libyan Partnership, the Venus of Cyrene was identified as one of the objects to be returned. By a decree of 1 August 2002, the Italian Ministry for Cultural Properties and Activities, in execution of the above international obligation, removed the statue from the State demesne in order to allow its return to Libya.

However, proceedings for the annulment of the decree were brought before the Regional Administrative Tribunal of Latium by *Italia Nostra*, a non-governmental organization established in 1958 with the aim to "contribute in the protection

---

[60] This is the second Venus returned by Italy to Libya. On 1st December 1999 on the occasion of a visit to Tripoli, the Italian President of the Council of Ministers had already returned to Libya, the Venus of Leptis Magna. This 1.72 m marble statue, found in the baths of Leptis Magna and dating from the second century AD, is a copy of the original by the Greek sculptor Praxiteles. In 1940, it was given to Marshall Göring as a gift by Italo Balbo, the Italian governor of Libya, and transported to Germany. In July 1999 it was returned by Germany to Italy and, soon afterwards, by Italy to Libya. See N. Wilkie, *Colonization and its Effect on the Cultural Property of Libya*, in Nafziger & Nicgorski, *Cultural Heritage Issues*, 178.

[61] The Treaty of friendship, partnership and cooperation between Italy and Libya (Benghazi, 30 August 2008) includes a provision on further cooperation for the restitution to Libya of archaeological artefacts and manuscripts, also through the establishment of a Joint Committee: "Le due Parti daranno ulteriore impulso alla cooperazione nel settore archeologico. In tale ambito è altresì esaminata, da un apposito Comitato Misto, la problematica concernente la restituzione alla Libia di reperti archeologici e manoscritti. Le due Parti collaborano anche ai fini della eventuale restituzione alla Libia, da parte di altri Stati, di reperti archeologici sottratti in epoca coloniale" (Art. 16, para. 2).

and enhancement of the historical, artistic and natural heritage of the nation". According to the plaintiff, the removal of a cultural property from the State demesne could be effected only through a law, as such properties are inalienable under the provisions of the Italian civil code which itself has the status of law. Moreover, the content of the ministerial decree was seen by the plaintiff as contradictory. The decree was based on the assumption that there was a need to put the statue into the cultural context to which it belonged, without considering that a "Roman copy of a Greek original of the Hellenistic age is more relevant to our artistic context than to the Islamic one". Finally, the return of the Venus would have established a precedent leading to the impoverishment of the Italian artistic and archaeological heritage.[62]

The Tribunal, by a judgment rendered on 28 February 2007, dismissed for several reasons the claim to annul the decree and upheld the arguments put forward by Italy, through the Ministry for Cultural Properties and Activities, and Libya, which intervened in the litigation through its diplomatic mission in Rome. The Tribunal remarked that the removal of the statue in 1915 was an exception to the traditional Italian policy of keeping archaeological artefacts in the place where they had been found (so-called non-decontextualization policy) and that this had been done to preserve the object from the risks of the military operations which were being carried out in the region. The Tribunal held that the Italian annexation of Tripolitania and Cyrenaica (Royal Decree 5 November 1911, No. 1247) was a unilateral act adopted long before the time when Italy was able to acquire an effective control over the whole Libyan territory, as it can be inferred from the fact that Italian sovereignty over Libya was internationally recognized only in 1924 by the Peace Treaty of Lausanne. In fact when the statue was found and removed the region of Cyrenaica was far from being a part of the Italian territory, having the legal status of an area subject to military occupation.[63] As it had not been found in Italian territory, the statue could not be considered as belonging to the State demesne.

The Tribunal added that, in any event, the prohibition of alienation of cultural properties belonging to the State, as set forth by Italian domestic legislation, does not apply to cases falling under international treaties by which Italy accepts an

---

[62] This litigation presents a unusual aspect. Many non-governmental organizations are well known for taking advanced positions that often governments are not prepared to follow. In this case, a non-governmental organization distinguished itself for its rather regressive attitude, while a government took the opposite position. On the case see A. Chechi, "The Return of Cultural Objects Removed in Times of Colonial Domination and International Law: The Case of the Venus of Cyrene", *Italian Yearbook of International Law*, 2008, 159.

[63] In 1915, both Turkey and Italy were parties to the Second 1899 Hague Convention on the Laws and Customs of War on Land.

obligation to return cultural properties to other States.[64] For the Tribunal the return of the Venus was not only provided for in the 1998 Italo-Libyan joint declaration, but it also reflected an obligation already existing under two customary rules of international law: first, the rule according to which, in the case of a newly independent State, "movable property, having belonged to the territory to which the succession of States relates and having become State property of the predecessor State during the period of dependence, shall pass to the successor State" and "movable State property of the predecessor State [...] to the creation of which the dependent territory has contributed, shall pass to the successor State in proportion to the contribution of the dependent territory", as provided for in Art. 15, para. 1, sub-paras. *e* and *f*, of the 1983 Vienna Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts;[65] second, the rule according to which the cultural heritage removed in time of war shall be restored to its original situation, as provided in the above mentioned 1899 and 1907 Hague Conventions, in several peace treaties and in the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol. There was consequently no need for a law to give domestic execution to the 1998 Italo-Libyan joint declaration, considering that rules of customary international law are already self-executing under Art. 10 of the Italian Constitution.

The Tribunal rightly remarked that the Venus of Cyrene was not unrelated to the Libyan cultural context, as several important Roman settlements, such as Sabrata and Leptis Magna, were established in the antiquity in the present Libyan territory[66] and the Hellenistic period was characterized by a considerable exchange of artistic styles coming from different areas. Finally, far from being grounds for the impoverishment of the national heritage, the policy of the return of cultural properties was seen by the Tribunal as a way for setting precedents

---

[64] In this regard the Tribunal recalled Art. 20 of the Legislative Decree 29 October 1999, No. 490, providing that the activity of protection and promotion of cultural properties must comply with the principles of co-operation between States, also within the framework of international organizations, as set forth in the conventions implemented in Italy in the field of protection of the world and national heritages.

[65] Even if the 1983 Convention had not entered into force, the Tribunal found that Art. 15 reflected "a principle in force as regards the international succession of States which have acquired independence as the result of a process of decolonization" (English translation). It quoted the passage of the report of the International Law Commission to Art. 15, para. 1, sub-para *f*, of the future Convention, where it is stated that "this provision represents a concrete application of the concept of equity forming part of the material content of a rule of positive international law, which is designed to preserve, *inter alia*, the patrimony and the historical and cultural heritage of the people inhabiting the dependent territory concerned" (United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, II, 1981, Part 2, 38).

[66] The Tribunal also recalled that the Roman emperor Septimius Severus was born in one of these settlements.

for claiming the return of works illegally removed from Italy in the past and to be found elsewhere today.

On appeal, the ruling of the Tribunal was confirmed by a judgment rendered on 8 April 2008 by the Council of State. *Inter alia*, the Council of State found that a new rule of customary international law has today developed as a consequence of the prohibition of the use of force and of the principle of self-determination of peoples. This new rule sets forth the obligation to return all cultural properties which have been taken as a result of colonial domination or war events.[67]

Both of these recent Italian decisions are noteworthy for the priority they give to international obligations over the provisions of domestic legislation, as required by general international law and Art. 27 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

4. The Agreements between the State and Foreign Cultural Institutions

A notable practice is presently being developed to conclude agreements between Italy, represented by Ministry for Cultural Properties and Activities, and foreign museums or cultural institutions. The "agreements" in question cannot be considered as international treaties,[68] but properly belong to the category of contracts between States and foreign nationals. They allow the State of origin to overcome the legal obstacles posed by the uncertain outcome of a litigation before a foreign court on the ownership of the claimed objects.[69] The agreements also allow the foreign museums to preserve their reputation as truthful cultural institutions that do not encourage the pillage of the heritage of foreign countries and do participate in the fight against the destruction of cultural contexts and the illegal traffic resulting therefrom. Both parties to the agreement count on the possibility to strengthen their relationship through future cooperative activities.

---

[67] According to the Council of State, ownership on the objects to be returned cannot be acquired by prescription.

[68] Among the international treaties relating to the return of cultural properties, see the memorandum of understanding concerning the imposition of import restrictions on categories of archaeological materials representing the pre-classical, classical and imperial Roman periods of Italy, concluded on 19 January 2001 by Italy and the United States (text in *International Legal Materials*, 2001, 1031; after its expiration, the agreement has been renewed on 13 January 2006 and on 11 January 2011) and the agreement signed on 20 October 2006 by Italy and Switzerland.

[69] Such legal obstacles include questions relating to applicable law, to good or bad faith shown by the buyer, to statute of limitation (acquisitive prescription), to the application abroad of national legislation on prohibition or restrictions in the export of cultural properties.

Agreements of this kind have been concluded by Italy with a number of institutions located in the United States, including the Metropolitan Museum of Art of New York, the Princeton University Art Museum, the Paul Getty Museum of Los Angeles, the Museum of Fine Arts of Boston. While the texts of the agreements are usually kept confidential, an exception is the agreement signed on 21 February 2006 by the Italian Ministry for Cultural Properties and Activities and the Commission for Cultural Assets of the Region of Sicily, on the one side, and the Metropolitan Museum of Art, on the other. In the premises, the Ministry recalls that the Italian archaeological heritage "is the source of the national collective memory and a resource for historical and scientific research" and that

> the archaeological heritage includes the structures, constructions, architectural complex, archaeological sites, movable objects and monuments of other types as well as their contexts, whether they are located underground, on the surface or under water" (preambular para. B);
>
> to preserve the archaeological heritage and guarantee the scientific character of archaeological research and exploration operations, Italian law sets forth procedures for the authorization and control of excavations and archaeological activities to prevent all illegal excavations or theft of items of the archaeological heritage and to ensure that all archaeological excavations and explorations are undertaken in a scientific manner by qualified and specially trained personnel, with the provision that non-destructive exploration methods will be used whenever possible" (preambular para. C).

On its side, the Museum

> believes that the artistic achievements of all civilizations should be preserved and represented in art museums, which, uniquely, offer the public the opportunity to encounter works of art directly, in the context of their own and other cultures, and where these works may educate, inspire and be enjoyed by all. The interests of the public are served by art museums around the world working to preserve and interpret our shared cultural heritage" (preambular para. F);
>
> [...] deplores the illicit and unscientific excavation of archaeological materials and ancient art from archaeological sites, the destruction or defacing of ancient monuments, and the theft of works of art from individuals, museums, or other repositories" (preambular para. G);
>
> [...] is committed to the responsible acquisition of archaeological materials and ancient art according to the principle that all collecting be done with the highest criteria of ethical and professional practice" (preambular para. H).

The first subject matter of the agreement is the return of a number of archaeological items that the Ministry had requested, affirming that they "were illegally excavated in Italian territory and sold clandestinely in and outside the Italian territory" (preambular para. E). The Museum, "rejecting any accusation that it had knowledge of the alleged illegal provenance in Italian territory of the assets claimed by Italy, has resolved to transfer the requested items in the context of this Agreement" (preambular para. I). The transfer does not constitute an acknowledgment on the part of the Museum of any type of civil, administrative or criminal liability for the original acquisition or holding of the requested items. The Ministry and the Region of Sicily waive any legal action in relation to the requested items.

The returned items magnificently document the spreading of old Greek civilization in Southern Italy. They are the Euphronios krater,[70] four vases (namely, a Laconian kylix, a red-figured Apulian dinos attributed to the Darius painter, a red-figured psykter decorated with horsemen, a red-figured Attic amphora by the Berlin painter) and a set of fifteen Hellenistic silver items and a pyxis.[71]

The second, but not secondary, subject matter of the agreement is to promote cultural co-operation between the parties. "To make possible the continued presence in the galleries of the Museum of cultural assets of equal beauty and historical and cultural significance so that of the Euphronios Krater", the Ministry agrees to make four-year loans to the Museum of archaeological objects of equivalent beauty and historical and artistic significance selected from a list of twelve artifacts specified in the agreement (Art. 4, para. 1). In exchange for the transfer of the four above-mentioned vases, the Ministry agrees to "loan a first-quality Laconian artifact to the Museum for a period of four years and renewable thereafter" (Art. 3, para. 2). In exchange for the Hellenistic silvers, the Ministry agrees to make to the Museum loans of cultural properties "of equal beauty and historical and artistic significance [...] on an agreed, continuing and rotating sequential basis" (Art. 5, para. 3).[72]

The mutual co-operation extends, during the term of forty years of duration of the agreement (Art. 8, para. 1), to excavations, loans and restorations of cultural objects:

1. The Ministry and the Commission for Cultural Assets of the Region of Sicily agree, on the basis of an appropriate agreement which shall define the procedures for the loan, to allow archaeological items originating from authorized excavations conducted on the initiative and at the expense of the Museum to leave Italy for the time necessary for their study and restoration.
2. The archaeological assets returned after their study and restoration, the times for which shall be agreed upon between the parties, shall be loaned to the Museum for exhibition for a period of four years, or for the maximum period that may be permitted by Italian law at the time the loan begins.
3. The Ministry and the Commission for Cultural Assets of the Region of Sicily, on the basis of appropriate contracts written for each individual case that will define the procedures for the individual loans of objects, shall permit the temporary transfer from Italian territory of archaeological artifacts selected by the Ministry

---

[70] The krater was painted and signed by the Athenian artist Euphronios, active between 520 and 470 B.C. It represents the transport of the corpse of Sarpedon by *Hypnos* (Sleep) and *Thanatos* (Death). It can now be found at the National Etruscan Museum of Villa Giulia in Rome.

[71] The objects returned from American museums have been displayed at an exhibition held from December 2007 to March 2008 at the Quirinale Palace in Rome (the residence of the President of the Republic). See the catalogue of the exhibition: *Nostoi—Capolavori ritrovati*, Roma, Palazzo del Quirinale, 2007 (*Nostoi* means "returns" in Greek).

[72] "The Museum shall arrange and bear the costs of packing, insurance and shipment of the requested and loaned items for transit to and from Italy" (Art. 6, para. 4).

and the Commission for Cultural Assets of the Region of Sicily and accepted by the Museum to allow their restoration by the Museum's personnel, and their successive exhibition to the public in the galleries of the Museum, which shall bear the costs of transfer and restoration" (Art. 7).

5. Concluding Remarks

In the last years an evolutionary trend has developed towards the return of removed cultural heritage to their countries of origin.[73] The trend is based on a number of principles that are located somewhere between morality and law and that can be instrumental in addressing shortcomings of multilateral treaties in force regarding the return of cultural properties,[74] in particular their non-retroactive character and the fact that they can create rights and obligations only for the States parties.

The principles in question include the principle of non-exploitation of the weakness of another for cultural gain, which applies to situations of persecution, war, colonial domination, foreign occupation or to situations involving indigenous peoples. Also included is the principle of preservating the integrity of cultural contexts, which is deeply rooted in the nature of cultural heritage, especially as regards properties having an emblematic character for the country of origin. These principles, which play in favour of the State of origin of cultural properties, could be balanced against other considerations, which may play in favour of the State of destination, such as the contribution given by the latter for the preservation of the properties in question and the time elapsed since the removal. The objective is to reach an equitable solution for each particular case in the light of the relevant circumstances. Settlements negotiated by the parties concerned can only strengthen the efforts to achieve equitable solutions.[75]

The Italian practice can be seen as an instance of the present evolutionary trend towards the restitution of cultural properties to the countries of origin. Moral and cultural principles that dictate the restitution are being progressively transformed into legal rules. The trend has probably not yet reached its final

---

[73] On the concept of cultural heritage see F. Francioni, "*A Dynamic Evolution of Concept and Scope: From Cultural Property to Cultural Heritage*", in A. Yusuf (ed.), *Standard-Setting in UNESCO—Normative Action in Education, Science and Culture*, vol. I, Paris, UNESCO, 2007, p. 221.

[74] Namely, the already mentioned 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Properties and 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects.

[75] The procedure for mediation and conciliation adopted by the UNESCO Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to Its Countries of Origin or Its Restitution in Case of Illicit Appropriation (Recommendation No. 4 of 23 Sept. 2010) should also be recalled.

stage when a body of new customary rules on restitution of cultural properties is definitely created.[76] But it is already within the dynamics of the evolution of international law.[77]

[76] As remarked by the friend and colleague to whom this collection of essays is dedicated, the process of the creation of a new body of rules of international law is facilitated "par la conscience chez chacun des membres d'une collectivité d'Etats qu'ils ont en commun une communauté non seulement d'intérêts mais de 'façons de voir les choses', que l'on peut, si l'on veut, désigner comme des 'valeurs communes'" (P.-M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 99).

[77] This dynamics has been compared to "un mouvement perpétuel, dont l'ascension n'est jamais acquise" (*ibid.*, 489).

CHAPITRE VINGT-QUATRE

SUR LES RELATIONS ENTRE IMMUNITÉS ET *JUS COGENS*, À LA LUMIERE DE L'ARRÊT ALLEMAGNE–ITALIE DU 3 FÉVRIER 2012

Joe Verhoeven*

1.

Ce n'est pas sans une certaine surprise que, soixante-dix ans après la survenance d'un conflit – fût-il mondial –, des problèmes de réparation ont été portés devant la Cour internationale de Justice, dont on sait qu'elle est le « juge » international par excellence. On le comprendrait sans trop de peine si rien n'avait jusqu'alors été fait en faveur des victimes moins de la guerre comme telle que des (graves) violations des règles qui, même dans une guerre, doivent être respectées. Il est vrai toutefois que l'écoulement du temps ne peut à lui seul éteindre un droit d'agir en justice lorsqu'aucune prescription n'est officiellement prévue. Et l'on sait que cette technique est peu utilisable dans le droit international public, en l'absence de délais clairement identifiés.

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, rien ne s'opposait à ce qu'une action contre l'Allemagne fût introduite par l'Italie pour obtenir réparation des dommages causés par les graves violations du droit international dont se sont rendues coupables les troupes allemandes sur son territoire, ni que l'Allemagne fasse valoir son droit à une immunité devant le juge international si celle-ci a été méconnue par les tribunaux italiens. Est-ce à dire que la « demande » ne suscitait en l'espèce aucune réticence ? On hésitera probablement à l'admettre. Peut-on tenir pour « raisonnable » – quoi que ce terme veuille en l'espèce exactement signifier – qu'une action en justice soit introduite trois-quarts de siècle environ après que les crimes ont été commis, même s'il est vrai que les parcours judiciaires sont, en pareil contexte, inévitablement compliqués ? Aucun délai de prescription n'était assurément formellement applicable en l'espèce. Il est difficile néanmoins de ne pas croire qu'il faille s'arrêter à un moment donné . . . sauf à poursuivre tous les massacreurs de l'histoire. Et il est difficile aussi de totalement cacher le malaise que suscite la demande formulée par un Etat qui fut longtemps

* Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

l'allié de l'Allemagne nazie dans un conflit « mondial » et dans les troupes de laquelle se battaient encore des soldats italiens à l'époque des faits litigieux.

Il est vrai que, tout justifiées qu'elles puissent être, ces considérations ne changent rien à l'application du droit, pas plus d'ailleurs que les importantes réparations qui, bien après la fin de la guerre, ont été unilatéralement accordées par l'Allemagne aux victimes de celle-ci, indépendamment des accords qu'elle a conclus à cet effet[1]. La Cour ne fait d'ailleurs aucune allusion, même indirecte, à ces « hésitations ». Même si le constat ne sera sans doute pas universellement partagé, il reste que la requête ne lui offrait sans doute pas la meilleure occasion de se pencher sur les restrictions dont pourrait ou devrait être accompagnée l'immunité de l'Etat étranger dans les situations de guerre où sont en cause des actes exprimant directement sa souveraineté (*acta jure imperii*). Au demandeur qui soutenait « que c'était en raison de l'effet cumulé de la gravité des violations, du statut des règles violées et de l'absence d'autres voies de recours effectives » que le refus de l'immunité était justifié, le juge s'est d'ailleurs contenté de répondre que « les questions d'immunité » doivent être tranchées « à titre liminaire, avant d'examiner le bien-fondé de la demande »[2], peu important que ces moyens soient pris en considération cumulativement ou isolément. Ce qui ne paraît guère contestable . . .

2.

La Cour n'a pas suivi le défendeur. A une large majorité, elle a confirmé le bien-fondé de l'application en l'espèce de la règle conférant à l'Etat une immunité lorsque sont mis en cause devant un tribunal étranger ses actes de souveraineté, ce qui ne préjuge pas – point ne devrait être besoin de le préciser – du contrôle auquel certains d'entre eux peuvent être soumis en vertu de règles spécifiques très généralement admises (jugements, etc.).

Si l'on excepte le juge Cançado Trindade, dont la longue opinion personnelle déborde très largement la *lex lata* en dépit de la générosité qui l'inspire, seuls les juges Yusuf et Gaja ont exprimé une opinion dissidente, dans des termes d'ailleurs très mesurés. Le juge Yusuf semble s'appuyer sur le caractère très exceptionnel des circonstances de l'espèce pour écarter l'immunité dès lors qu'aucune réparation effective n'a été obtenue par les victimes, en faisant valoir la nécessité d'« ajuster » les règles relatives à l'immunité aux évolutions de la « société internationale »[3]. On ne sait trop s'il y a là une correction de principe apportée à la règle ou seulement une solution d'espèce, dépourvue d'autorité dans toute autre situation. C'est en

---

[1] Cour Internationale de Justice (CIJ), *Affaire relative aux Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, CIJ Recueil 2012, para. 98 qui évoque « une série complexe d'accords interétatiques ».

[2] *Ibid.*, paras. 105 et 106.

[3] Voir l'opinion dissidente, paras. 54-55.

revanche sur ce qui est appelé la « *tort exception* » que le juge *ad hoc* de l'Italie appuie principalement sa dissidence, considérant que l'immunité aurait dû être écartée dès lors que les dommages aux personnes, justifiant des dommages et intérêts, ont été causés sur le territoire italien par des nationaux de l'Allemagne. La Cour ne l'a pas suivi ; elle a jugé que cette exception « territoriale » ne trouvait pas à s'appliquer dans le cas de dommages illicitement causés par des forces armées en temps de guerre, quand bien même elle serait en son principe tenue pour coutumière. Il est vrai qu'une exception qui, dans des matières où l'assurance est de règle, a largement tiré sa raison d'être de la nécessité de permettre une action de la victime contre l'assureur de l'auteur du dommage paraît bien éloignée des problèmes de réparation des dommages de guerre …

Le dispositif de l'arrêt est très ferme, sa motivation témoignant d'un souci de s'en tenir à l'essentiel. Tout en étant très explicite, la Cour s'abstient de considérations inutiles et autres fioritures superflues. Le juge est d'évidence bien conscient du malaise que peut susciter, particulièrement auprès d'une opinion peu informée, l'absence d'une réparation adéquate par les belligérants, et singulièrement par l'Allemagne, de tous les dommages subis par les victimes des exactions particulièrement graves qui furent commises durant le second conflit mondial. Mais il s'en tient à ce qui fait l'objet de la seule demande dont il est saisi : l'immunité (traditionnelle) de l'Etat était-elle applicable en l'espèce ? On voit mal qu'il puisse lui en être fait grief.

3.

Plusieurs arguments ont été invoqués par l'Italie pour justifier la mise à l'écart de l'immunité, et infirmer dans cette mesure le bien-fondé de la requête. Aucun n'a été retenu. Il n'y a pas lieu d'entrer dans le détail de chacun d'eux. Du moins n'est-ce pas l'objet de la présente note. Celle-ci est limitée à celui qui retiendra probablement le plus l'attention, à savoir le recours au *jus cogens*. Comme Pierre-Marie Dupuy y a toujours été très sensible et fut l'un ce deux qui, très tôt, en a très opportunément souligné l'importance, on comprendra aisément que quelques commentaires particuliers lui soient consacrés. Ce n'est pas que cet ordre public propre aux relations entre les Etats était jusqu'alors inconnu. Il n'empêche que c'est la première fois qu'il y est très explicitement fait appel devant la Cour internationale de Justice à l'appui d'une demande dont l'objet exclusif est de faire déclarer sans fondement le recours à l'immunité dans un litige opposant, devant un juge national, des particuliers à un Etat étranger. Ce qui éveille indiscutablement des résonances particulières sachant que cette référence à un ordre public « interétatique » se fait de plus souvent entendre, à bon ou à mauvais escient, dans les rapports internationaux.

L'argument n'est cependant pas très clair. Du moins n'y avait-il en l'espèce aucun accord dont le défendeur demandait qu'il fût déclaré nul pour violation de l'ordre public, conformément à l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités auquel on doit la première affirmation explicite d'un « *jus cogens* »

dans le droit international. C'est d'une règle coutumière seule – celle qui accorde à l'Etat étranger une immunité lorsque sont en cause devant un for étranger ses actes de « souveraineté » (*jure imperii*) – que celui-ci demandait la mise à l'écart au motif que son application s'avérait incompatible en l'espèce avec les exigences de cet ordre public interétatique, sans aucunement mettre en doute la validité de principe de ce dernier. La Cour ne l'a pas suivi, considérant que l'incompatibilité n'était pas établie. Ce pourquoi il y avait incompatibilité n'est d'ailleurs pas parfaitement clair, beaucoup s'en faut, dans l'argumentation du défendeur, ce qui explique aussi que l'arrêt lui-même semble parfois un peu contourné à cet égard. Mais l'essentiel de l'argumentation se comprend sans problème.

Deux questions peuvent être distinguées à ce propos. Il importe, en premier lieu, d'identifier les règles qui, parce qu'elles sont d'ordre public, s'opposeraient en l'espèce à ce que le bénéfice de l'immunité soit reconnu à l'Allemagne et de s'entendre, ensuite, sur les moyens de résoudre le conflit lorsque celui-ci oppose entre elles deux règles générales (coutumières), et non point une coutume à un traité.

4.

La Cour n'a pas contesté que « les actes des forces armées allemandes [...] qui sont à l'origine des instances portées devant les juridictions italiennes étaient des violations graves du droit des conflits armés, constitutives de crimes en droit international »[4]. La constatation ne semble pas impliquer nécessairement que ces règles doivent être tenues pour relevant du *jus cogens*. Du moins faut-il constater qu'elle ne fait que le « supposer aux fins d(e son) examen» s'agissant « (d)es règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé »[5]. Quoi qu'il en soit, l'argument n'a pas convaincu. Ce n'est pas que la Cour ait estimé que ces règles ne relevaient pas du *jus cogens*. C'est simplement qu'elle a jugé qu'il n'y avait pas en l'occurrence de conflit. Les règles sur l'immunité sont en effet « de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un Etat sont fondés (ou non) à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre »[6], sans préjuger dès lors ni du bien – ni du mal – fondé d'une réclamation.

Dans l'affaire du *mandat d'arrêt*, la Cour avait déjà jugé, comme elle le rappelle elle-même, que l'immunité d'un ministre des affaires étrangères ne pouvait être écartée du seul fait qu'il était accusé d'un crime pour avoir violé « des règles ayant indubitablement valeur de *jus cogens* », même si cette « notion » n'y était pas « expressément mentionnée »[7]. On voit mal que la conclusion puisse être sérieu-

[4] CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, para. 81.
[5] *Ibid.*, para. 93.
[6] *Ibid.*
[7] *Ibid.*, para. 95, renvoyant à CIJ Recueil 2002, 3, paras. 58 et 78.

sement contestée. Il est clair que l'immunité a pour seul effet propre d'entraîner le dessaisissement du juge, le pouvoir de juger ne pouvant être exercé par l'Etat dont il est l'organe. On y a vu la manifestation d'un « mécanisme de répartition des compétences »[8]. C'est sans doute aller trop loin. Il est clair que l'immunité a des conséquences sur l'utilisation qui est faite des compétences reconnues à chacun des Etats par le droit international. Mais elle n'entend d'aucune manière en répartir harmonieusement l'exercice entre chacun d'eux dans l'intérêt de tous, par delà le souci élémentaire de protéger la souveraineté de chacun dont elle témoigne. On peut certes juger ce dernier souci excessif, du moins dans le monde d'aujourd'hui, mais cela ne suffit pas à soi-seul à « invalider » l'immunité.

5.

Il en va de même pour ce qui concerne l'indemnisation des victimes. La Cour n'a pas exclu que « les dispositions adoptées par (l'Allemagne) en vue d'accorder des réparations aux victimes italiennes » puissent avoir présenté des « insuffisances »[9]. Mais elle n'a trouvé « dans la pratique des Etats – dont découle le droit international coutumier –, aucun élément permettant d'affirmer que le droit international ferait dépendre le droit d'un Etat à l'immunité (de) l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation »[10]. Cela ne l'empêche d'ailleurs pas de regretter explicitement que les « internés militaires » aient été privés de toute réparation par les juridictions allemandes auxquelles ils s'étaient adressés, au motif que les autorités de l'Allemagne avaient refusé de leur reconnaître le statut de prisonnier de guerre[11].

Une fois de plus, on voit mal que cela puisse être démenti. La conclusion n'en donne pas moins l'impression d'avoir laissé mal à l'aise certains membres de la Cour, dont l'opinion individuelle[12], parfois quasi dissidente[13], témoigne d'une réticence à admettre que le juge international puisse ou doive ne prêter aucune attention à l'effectivité de la réparation, c'est-à-dire à la mise en œuvre concrète d'une responsabilité dont le principe ne souffre pas contestation. Nul n'en disconviendra, à tout le moins à première vue ; dans tous les cas où le défendeur est « immunisé », il ne peut en effet être attrait devant le juge alors même que la revendication du demandeur est parfaitement légitime, ce qui semble compromettre l'effectivité de la « justice ». S'ensuit-il que l'immunité doive être écartée lorsque le *jus cogens*, c'est-à-dire l'ordre public dans les rapports entre les Etats, est en cause ? On ne peut qu'en douter.

---

8 Opinion individuelle du juge Bennouna, para. 31.

9 CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, para. 101

10 *Ibid.*

11 Comp. les opinions individuelles des juges Koroma (para. 10) et Keith (para. 11).

12 V. les paras. 26 et 99.

13 V. l'opinion individuelle du juge Bennouna, spécialement paras. 20ss. ; comp. l'opinion dissidente du juge Yusuf, spécialement paras. 43ss. et 56.

6.

A elle seule, la gravité des violations du droit international reprochées à l'Allemagne ne peut d'évidence exclure le bénéfice de l'immunité, sauf bien entendu si le législateur en décide ainsi expressément. Son effet propre étant d'empêcher la poursuite de la procédure, on ne voit d'ailleurs pas comment la réalité de ces violations, graves ou pas, pourrait être judiciairement établie. Sauf à admettre qu'il suffise qu'un crime soit allégué pour que l'immunité soit écartée . . . ce qui revient à en nier le principe même, comme le souligne la Cour[14]. D'évidence, cela n'implique ni que les violations dénoncées n'ont pas été commises ni qu'elles l'ont été, du moins tant que le caractère *jure imperii* des conduites incriminées – qui ne prêtait pas à doutes en l'espèce – est dûment établi. C'est au seul juge devant lequel le défendeur ne peut faire valoir aucune immunité qu'il appartient d'en décider.

Il est vrai que cette immunité laisserait profondément mal à l'aise si elle avait pour conséquence de priver de tout recours à la justice la victime de graves violations du droit, que cette « gravité » tienne à l'importance des dommages subis ou à celle de la règle de la violation de laquelle ils sont la conséquence. Ce qui n'est pas exactement la même chose, beaucoup s'en faut. On le comprend aisément. Le problème n'est pas cependant que le défendeur puisse invoquer son immunité devant « un » juge ; ce serait seulement qu'il puisse s'en prévaloir devant « tout » juge, ce qui priverait le demandeur de tout accès à la justice. Il n'en va cependant jamais ainsi, à tout le moins lorsqu'est en cause un Etat. L'immunité – de droit international – ne trouve en effet à s'appliquer que si le juge devant lequel la demande est introduite est « étranger ». Elle n'est jamais applicable lorsque ce juge est le juge national de l'Etat dont la responsabilité est mise en cause. Force est à cet égard de constater que rien ne paraît en l'espèce avoir empêché les demandeurs italiens d'agir devant les tribunaux allemands, ce que certains au demeurant ont d'ailleurs fait[15]. Il ne s'ensuit assurément pas que, s'ils l'avaient fait, ils auraient obtenu gain de cause, . . . mais l'exigence d'un procès équitable, que tout justiciable est en droit d'attendre, ne préjuge ni dans un sens ni dans un autre de l'issue de la demande. Point ne devrait être besoin d'insister sur ce point. Il n'est sans doute pas toujours simple pour un demandeur « privé » d'assigner une autorité étrangère devant le for national qui est propre à celle-ci. Nul n'en disconviendra. *Jus cogens* ou pas, cela ne justifie pas à soi seul que l'immunité soit écartée.

Autrement dit, l'important est fondamentalement que le demandeur ait un accès (raisonnable) à la justice, et que le procès soit équitable. Ce n'est pas qu'il puisse saisir tout juge de son choix, au mépris des règles du droit judiciaire national ou du droit international qui le lui interdirait.

---

[14] CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, paras. 82 et 106.
[15] V. note 11 ci-dessus.

7.

Lorsque sont en cause des organisations internationales, le problème est assurément plus sérieux, parce que celles-ci ne disposent normalement pas en leur sein d'un appareil judiciaire auquel le demandeur puisse aisément s'adresser, analogue par exemple à celui qui est en vigueur au sein de l'Union européenne, même si celle-ci n'a plus rien à voir avec une « organisation internationale » au sens du droit international public. Leur accorder une immunité devant le juge national de chacun de leurs Etats membres aurait dès lors inévitablement pour conséquence de priver les particuliers de tout recours effectif devant un tribunal. Sauf à devoir s'adresser au juge d'un Etat qui n'est pas lié par leur traité constitutif… ce qui serait pour le moins aventureux, à supposer que ce soit juridiquement possible. Si tel est le cas, on ne voit pas bien comment le droit à un procès équitable – qui implique celui d'avoir accès à un tribunal – pourrait être sauvegardé.

Le problème est délicat. On connaît la solution qui, dans le cadre du Conseil de l'Europe, a été adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), depuis ses arrêts *Waite* et *Kennedy* bien connus[16]. Celle-ci a imposé à l'organisation (ou, implicitement, à toute autre personne non étatique de droit international, s'il en est) de mettre à la disposition des intéressés un recours effectif devant une « commission » ou quelque autre organisme, peu important son appellation exacte, qui satisfasse aux exigences requises pour que le procès soit équitable. Si ce n'est pas le cas, il est entendu que le bénéfice de l'immunité lui sera refusé par le tribunal national de celui de ses Etats membres devant lequel le litige aurait été porté, même si ce tribunal n'est pas celui dont le demandeur a la nationalité. Cette jurisprudence souligne à bon droit que l'important tient fondamentalement à l'accès à la justice et à l'équité du procès, quel qu'en soit l'objet propre ou la nature et la portée des droits en cause. Ce qui requiert au moins que le juge soit indépendant et impartial, et qu'il tranche le litige dont il est saisi dans le respect des règles normalement applicables à l'exercice d'un office judiciaire, même si celles-ci peuvent être parfois (sensiblement) différentes d'un Etat à un autre.

Point n'est sans doute besoin de souligner que rien n'aurait *a priori* permis de mettre en doute le respect de ces exigences par les juridictions allemandes, si celles-ci avaient en l'espèce été saisies par les demandeurs italiens. Il est vrai, s'il faut le répéter, qu'il eût été plus commode pour les victimes italiennes de pouvoir assigner l'Allemagne devant les juges italiens. *Jus cogens* ou pas, cela ne suffit pas, de soi seul, à écarter l'immunité. Il n'en irait autrement que si le droit à un procès équitable impliquait, pour tout justiciable, le droit de s'adresser au juge de son choix, pour autant du moins que ce dernier accepte de se déclarer compétent. Il n'en est rien dans la pratique actuelle. Nombreux sont en effet les fors disposant d'une compétence (quasi) exclusive. Cela peut inévitablement contraindre

[16] V.J. Verhoeven, *in* J. Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation*, Paris, LGDJ/Larcier, 2004, 133ss.

le demandeur à s'adresser à des juges qui lui sont très « étrangers », que ce soit par exemple le juge du lieu de situation de l'immeuble pour les contentieux notamment successoraux dont celui-ci est l'objet ou le juge du lieu d'ouverture de la faillite pour décider du sort des éléments de l'actif ou du passif qui sont en cause[17]. Sans doute ne peut-il être totalement exclu que d'aucuns abusent parfois de l'immunité. C'est ce qu'a laissé entendre le juge Yusuf avant, prenant appui sur la jurisprudence précitée de la Cour de Strasbourg[18], de se référer aux principes qui sous-tendent les droits de l'homme et le droit humanitaire pour appeler à « an assessment of the proportionality and legitimacy of purpose of granting immunity »[19]. Ce qui laisse, à dire vrai, quelque peu songeur … Il est peu de règles qui survivraient s'il suffisait pour n'en pas faire application de tenir les résultats de leur mise en œuvre pour illégitimes ou disproportionnés. Mais le plus simple eût sans doute été d'introduire le recours devant les juridictions allemandes, toutes autres considérations réservées.

8.

C'est autre chose que s'interroger sur la pertinence réelle du recours au *jus cogens* en l'espèce, toute question de « stratégie » judiciaire réservée. Celui-ci désigne, nul ne l'ignore, ce qui est couramment appelé *ordre public* dans les droits nationaux – du moins dans les systèmes de droit civil –, c'est-à-dire un ensemble de commandements auxquels seuls celui qui les a formulés – normalement le législateur – est en droit d'apporter, provisoirement ou définitivement, des dérogations. Il n'empêche que, comme tout autre ordre public, le *jus cogens* n'a pas de contenu substantiel propre ; sans entrer dans d'inutiles détails, il n'est jamais que la qualification donnée à une règle pour expliciter l'exigence d'intérêt général qui s'attache au respect de ses dispositions. Et il s'entend dès lors qu'une telle règle ne peut jamais être mise en échec du seul fait de l'intérêt privé – contractuel ou judiciaire par exemple – qui lui serait opposé. Ce n'est assurément pas au juge qu'il appartient spécifiquement de décider de ce qui relève ou non de cet ordre public. Le fait est néanmoins que les volontés de ceux qui ont fait le droit demeurant souvent imprécises à ce propos, c'est à lui qu'il revient (le plus) souvent de se prononcer sur ce point … au risque, ce faisant, de « légiférer » sournoisement. Mais il est d'autres empiètements bien plus contestables…

On sait que le principe même d'un ordre public dans les rapports interétatiques a été longtemps contesté, même si c'est à l'occasion de la négociation de ce qui est devenu la convention de Vienne sur le droit des traités que les réticences les plus

---

[17] Verhoeven, *Le droit international des immunités*, 138-140 ; v. également du même auteur « Considérations sur ce qui est commun, Cours général de droit international public (2002) », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 334, 2008, 312ss.

[18] V. l'opinion dissidente du juge Yusuf, para. 29.

[19] *Ibid.*, para. 30.

vives se sont manifestées à son propos. Et nul n'ignore que celle-ci en a finalement consacré explicitement l'existence dans son article 53 sous l'appellation, devenue classique, de « *jus cogens* ». Termes qui sont en eux-mêmes très ambigus, mais il n'y a pas lieu de revenir sur cela. A l'époque, son affirmation a constitué pour d'aucuns une manière de révolution, tant il leur paraissait saugrenu de soutenir implicitement qu'il existait dans la société internationale quelque intérêt général transcendant les intérêts (étatiques) particuliers. On n'en est heureusement plus là. Même les plus irréductibles paraissent s'être ralliés, fût-ce discrètement, à son principe . . . ce qui dispense de s'interroger plus avant sur la caractère axiomatique ou non de cet « ordre public » dans les rapports interétatiques.

Comme tel, l'article 53 de la convention de Vienne ne trouve cependant pas à s'appliquer, on l'a dit, dans l'affaire qui a opposé l'Allemagne à l'Italie. Aucun accord relatif à l'immunité n'était en effet applicable dans les rapports entre les deux parties ; du moins l'Allemagne ne s'est-elle appuyée, pour solliciter le bénéfice de l'immunité, sur aucun traité dont l'Italie aurait demandé qu'il fût déclaré inapplicable pour cause de nullité. C'est d'une règle générale (coutumière) seule que celle-ci se refuse à admettre qu'il puisse être fait application. Ce qui suscite au mieux un conflit entre deux règles générales de droit international public, à savoir pour reprendre les termes de la Cour celles « qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé » et celles « qui régissent l'immunité de l'Etat »[20]. Non sans raison, la Cour a toutefois affirmé – on l'a déjà souligné – que « pareil conflit n'existe pas » quand bien même les premières seraient considérées comme relevant du *jus cogens*, dès lors que les règles sur l'immunité sont de nature purement « procédurale »[21]. Et elle précise, si besoin est, d'une part qu'il est « attest(é) » par la pratique « que, en droit international coutumier, le droit à l'immunité n'est pas fonction de la gravité de l'acte dont l'Etat est accusé ou du caractère impératif de la règle qu'il aurait violé »[22], et d'autre part qu' « il est difficile d'apercevoir en droit international une règle imposant une indemnisation pour chacune des victimes, dont la communauté internationale des Etats dans son ensemble s'accorderait à estimer qu'elle ne peut souffrir aucune dérogation », ce dernier membre de phrase reproduisant à peu de choses près les termes mêmes de l'article 53[23].

9.

On ne manquera pas de relever que la Cour souligne, dans un considérant de portée générale, que « la règle de l'immunité joue un rôle important en droit

---

[20] CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, para. 93.
[21] *Ibid.*
[22] *Ibid.*, para. 84.
[23] *Ibid.*, para. 94.

international et dans les relations internationales », qu'«elle procède du principe de l'égalité souveraine des Etats » – virtuellement méconnu par « les exceptions qui lui sont apportées » – et « peut constituer une dérogation au principe de la souveraineté territoriale et au pouvoir de juridiction qui en découle »[24]. Ces termes ne sont pas anodins. A bon entendeur salut. Si besoin est, ils soulignent que ce qui est en cause en l'occurrence n'est pas la recevabilité de la demande ou la compétence du tribunal saisi, ce qui est en soi relativement banal, mais bien plus fondamentalement le pouvoir de juger de l'Etat, qui ne peut du fait de l'immunité être exercé. Cela rappelle une pratique, principalement française, qui tient l'immunité pour une fin de non-recevoir (anciennement dite exception péremptoire) dont l'effet propre est de clore définitivement l'instance lorsqu'elle est accueillie. Ce qui ne laisse normalement subsister comme seul recours possible que l'appel, à l'exclusion des autres voies de contredit.

Il est clair que cette approche technique, liée à un système juridique particulier, n'a pas vocation à être universalisée. Le terme « fin de non-recevoir » est d'ailleurs peu utilisé dans la pratique internationale, même s'il en fut question, aux premiers jours de la Cour permanente, dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*[25]. L'important reste néanmoins que, quel que soit son habillage technique, l'effet propre de l'immunité de l'Etat étranger est très largement admis : c'est le pouvoir de juger qui est en cause, et point seulement les conditions auxquelles il peut ou doit être exercé.

Pour ce qui nous concerne, l'important demeure que l'ordre public (*jus cogens*) est sans pertinence en la matière. Il a sans nul doute pour effet propre de faire prévaloir l'intérêt général lorsque le respect de celui-ci est menacé par un intérêt « privé ». Mais il est sans utilité lorsque ce conflit n'existe pas, ce qui est le cas en l'espèce comme cela a déjà été souligné.

10.

Cela dit, il est assurément possible qu'un conflit survienne entre deux règles générales, qu'elles aient ou non, et le cas échéant toutes les deux, un caractère d'ordre public (*jus cogens*). C'est ce que soutient le demandeur en l'espèce, à tort selon la Cour. Cela dit, le conflit, s'il avait existé, n'aurait pas opposé deux règles présentant un caractère d'ordre public, puisqu'il n'a jamais été soutenu que l'immunité de l'Etat relève du *jus cogens*. Et il va de soi dès lors que l'Etat peut y renoncer, notamment dans un traité. L'intéressant n'en est pas moins que le défendeur soutient, du moins implicitement, que c'est à la règle de *jus cogens* que doit, si conflit il y a, revenir la primauté. Il semble y avoir là une manière

[24] *Ibid.*, para. 57

[25] Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, 25 août 1925, Série A, no. 6, 19.

d'évidence, qui ne laisse pas de surprendre. Force est aussi de constater que ce qui justifierait qu'il n'y ait pas lieu de faire une différence selon qu'est en cause un traité ou une règle générale lorsqu'ils sont jugés incompatibles avec l'ordre public, n'est pas autrement explicité.

On voit mal que ce ne soit pas la volonté du législateur qu'il faille reconstruire lorsque le conflit oppose entre elles deux règles générales – ce qui suscite à proprement parler un conflit de « lois » –, de manière à établir ce qui a été exactement voulu. Il n'y a guère de raison qui puisse *a priori* justifier que l'une ou l'autre soit, en quelque sorte automatiquement, préférée. Ce qui est normalement le cas pour l'intérêt général lorsqu'un intérêt privé lui est opposé. Nul ne contestera que l'intérêt général exprimé par la « loi » doive en pareil cas être préservé, dans les limites de ce qu'il prescrit. Le principe ne se conteste pas. Que l'on puisse diverger sur ce que requiert effectivement cette sauvegarde n'y change rien. Mais c'est sur d'autres fondements que le conflit entre deux règles générales, s'il existe, doit être résolu. On peut comprendre que la règle d'ordre public soit, à défaut d'autres précisions, préférée. Mais il peut tout aussi bien être admis que le soit celle qui ne l'est pas si telle est – ou du moins paraît raisonnablement être – la volonté de celui qui a fait la « loi ». Rien ne peut en effet exclure que ce législateur ait entendu atténuer ou supprimer, définitivement ou pas, le caractère de *jus cogens* jusqu'alors attaché à une règle antérieurement adoptée. Comme il l'a fait par exemple en restreignant la protection accordée au travailleur en cas de licenciement, dans les pays où cette protection participe de l'ordre public . . . A soi seul, cela reste toutefois sans conséquence sur le conflit opposant la loi non à un contrat, mais à une autre loi. Il y a là simplement deux expressions de la volonté générale, qui doivent être réconciliées pour en rendre cohérente l'application effective. Il serait assurément souhaitable que le législateur se prononce clairement, en pareil cas, sur la préférence qu'il convient d'accorder à l'une ou à l'autre au cas où leur application simultanée se révélerait contradictoire. Et, s'il n'en est rien, il ne peut assurément être exclu que préférence soit reconnue à la règle de *jus cogens*. Cela va de soi. Mais on ne saurait y voir l'application en quelque sorte mécanique d'une primauté intrinsèque reconnue à celle–ci, laquelle n'existe que dans ses rapports avec un traité (contrat) et non avec une autre « loi », étant par ailleurs entendu que cet « ordre » public peut avoir d'autres effets dans des champs qui ne sont pas de nature purement contractuelle.

Si besoin est, on rappellera que, de manière générale et sans préjuger des spécificités propres à chaque système juridique, il n'y a pas de loi qui puisse être tenue pour nulle au seul motif que ses dispositions contreviennent à celles d'une autre loi. Il convient simplement de tenter d'en concilier les applications, et si cela s'avère impossible de préférer l'une à l'autre sur la base de considérations qui sont une fois de plus étrangères à toute « primauté » intrinsèque. En attendant que le législateur clarifie les choses . . . ce qui reste parfois un vœu pieux. Cela n'exclut pas que certaines distinctions doivent sans doute être faites à ce propos. C'est un souci particulier de sécurité juridique qui conduit par exemple à préférer la loi à la coutume dans les pays de droit écrit où cette dernière

conserve une certaine importance, ce qui n'implique nullement que cette règle coutumière doive être tenue pour « nulle ». Et la question est d'évidence toute différente lorsque c'est avec la constitution que la loi entre en conflit, du moins si les conditions institutionnelles de sa validation (vote, etc.) ont été respectées. Mais on sait que le contrôle de constitutionnalité est loin d'être généralisé . . . et que là où il est organisé il obéit à des logiques qui sont loin d'être parfaitement identiques. Point n'est besoin de revenir ici sur cette question. De toute manière, on n'en est pas encore là dans le droit international public, où la référence à une « constitution » n'est sans doute utile à ce jour que pour orienter l'interprétation de certains textes jugés « fondateurs » . . . ce qui n'est d'ailleurs pas universellement accepté. Le serait-elle, il demeurerait difficile, en dépit de son importance dans les relations internationales justement soulignée par la Cour, d'affirmer que l'immunité doive intrinsèquement relever des soubassements tout à fait essentiels de leur « bonne » organisation.

II.

La question a été implicitement soulevée dans les affaires mettant en cause, devant la Cour européenne des droits de l'homme, la compatibilité de l'immunité avec les règles protectrices des droits de l'homme, dont le caractère « général » (coutumier) n'est substantiellement pas contesté. La Cour, on l'a dit, a jugé qu'il n'y avait pas en l'occurrence d'incompatibilité. Les juges Caflish et Rozakis, et ceux qui se sont ralliés à leur opinion individuelle dans l'affaire *Al Adsani* aujourd'hui bien connue, n'en ont toutefois pas été convaincus, jugeant que le conflit existe bel et bien, et qu'il faut en conséquence donner préférence aux droits de l'homme lorsque l'immunité entre en conflit avec ceux-ci[26]. La raison en serait que la règle de *jus cogens*, parce qu'elle est « supérieure à toute autre règle n'ayant pas la même qualité », doit nécessairement l'emporter sur celle-ci en pareil cas, les juges dissidents précisant que, « du fait de cette primauté, la règle en cause est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative »[27]. Ce qui est difficile à admettre si l'on partage les observations formulées ci-dessus.

Cela dit, il est vrai que toutes les richesses d'un ordre public interétatique sont loin à ce jour d'avoir été pleinement exploitées. Mais on ne saurait l'agiter comme une espèce de chiffon rouge à la face d'un taureau pour modifier à peu de frais le droit existant.

---

[26] Opinion dissidente des juges Rozakis et Caflish, rejoints par les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vaji : Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Al Adsani*, requête no. 3576/97, 21 nov. 2001, cité par la CIJ dans son arrêt au para. 91.

[27] Pour une approbation, v. l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade, paras. 130-134.

CHAPITRE VINGT-CINQ

LES ASSURANCES ET GARANTIES DE NON-RÉPÉTITION : ENTRE RUPTURE ET CONTINUITÉ

Magnus Jesko Langer*

> Toutes choses sont incertaines quand on s'est écarté du droit. Rien ne peut être garanti, qui sera futur, qui a été placé dans la volonté d'autrui, pour ne pas dire, dans son caprice[1].

Friedrich Nietzsche affirmait qu'à travers la promesse l'homme pouvait assurer la continuité dans le vouloir pour enfin « répondre de sa personne en tant qu'avenir »[2]. L'affranchissement de l'homme, sa véritable liberté, dépendrait justement du fait qu'il puisse promettre et répondre de soi, lui permettant d'entrer par là-même en relations sociales stables et durables. Mais qu'en est-il de celui qui promet alors qu'il vient de rompre sa parole ? Quelle valeur peut-on attribuer à cette nouvelle promesse ? Visant à stabiliser les rapports humains et à les rendre prévisibles le droit a toujours cherché à maîtriser le temps humain en articulant la dialectique entre rupture et continuité. En l'état actuel du droit international, davantage basé sur la confiance et la bonne foi que sur la méfiance et la contrainte, les modalités de lier le comportement futur des acteurs internationaux sont multiples, mais il en est une tout à fait originale qui peut trouver application dans le droit de la responsabilité internationale lorsque les rapports de confiance sont ébranlés. Il s'agit de l'obligation secondaire d'un État responsable d'une violation du droit international d'offrir des assurances et/ou garanties de non-répétition[3]. Inconnue d'autres systèmes juridiques, cette obligation propre

* Candidat pour le doctorat en droit international, assistant d'enseignement et de recherche, Institut de hautes études internationales et du développement, Genève.

1 Cicéron, *Lettres aux familiers*, IX, 16.

2 F. Nietzsche, *La généalogie de la morale*, Paris, Mercure de France, 1900, 85-88.

3 Bien que le présent chapitre se focalise essentiellement sur l'obligation de non-répétition dans le cadre purement interétatique, les mêmes réflexions peuvent être étendues au droit de la responsabilité des organisations internationales, au sujet duquel la CDI a adopté un projet d'articles en dernière lecture en 2011. Cf. UN doc. A/66/10, *Annuaire de la Commission du Droit International*, II, 2011, 2e partie.

à l'ordre juridique international est (ré-)apparue presque subrepticement dans le discours juridique de ces deux ou trois dernières décennies et n'a pas fini de susciter la curiosité de certains, voire la perplexité d'autres, tant ses potentialités sont énigmatiques et sous-estimées.

Il paraît intéressant de reprendre la discussion autour de ce thème pour plusieurs raisons, la principale étant, dans le contexte de ce présent ouvrage, l'intérêt et l'apport tout particulier que lui a porté le dédicataire de ces lignes tout au long de sa carrière académique et de praticien du droit. Ainsi lui revient-il le mérite d'avoir été le premier à plaider la chose en des termes techniques, et ceci à deux reprises, devant la Cour internationale de Justice[4], tout en ayant participé en tant que conseil et avocat dans cinq des sept premières affaires où la question a été soulevée devant cette juridiction[5] ; véhiculant par là-même une pratique étatique qui a, de manière très concrète, contribué à consolider, on serait même tenté de dire générer, le processus coutumier qui devait trouver son couronnement quelques années plus tard à l'occasion de l'affaire *LaGrand*[6]. Mais si cet aspect-là est certes important, et nous aurons l'occasion d'y revenir sous peu, ce sont surtout les aspects théoriques et philosophiques du présent sujet qui ont attiré l'attention de Pierre-Marie Dupuy. Ainsi, l'institution des garanties pour l'avenir – comme elles étaient appelées dans le jargon diplomatique du dix-neuvième siècle[7] – comporte en elle des implications conceptuelles qui touchent

---

[4] La première affaire dans laquelle un État demanda formellement à la Haute Cour d'ordonner à l'État défendeur d'offrir des assurances et garanties de non-répétition est l'affaire du Timor oriental, où l'occasion se présenta de plaider le fond de l'affaire bien que l'Australie ait soulevé des exceptions préliminaires. Cour internationale de Justice (CIJ), *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, CIJ Recueil 1995, 90, cf. requête introductive d'instance du 22 février 1991, 18, para. 34 (conclusion, 5) a)), et audience publique du 2 février 1995, CR 95/5 (Dupuy), 32-34. La deuxième est l'affaire relative au *projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, 7, cf. audience publique du 7 mars 1997, CR 97/6 (Dupuy), 58, para. 11. Toutes les pièces de procédure devant la CIJ mentionnées dans ce chapitre sont accessibles sur le site de la Cour : www.icj-cij.org.

[5] Outre les deux affaires mentionnées dans la note précédente, il s'agit des affaires suivantes : CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, CIJ Recueil 1998, 432 ; CIJ, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, CIJ Recueil 2001, 466 ; CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, CIJ Recueil 2004, 12. Les deux autres affaires où des garanties de non-répétition ont été requises par le demandeur sont : CIJ, *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, CIJ Recueil 1998, 248 ; CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, CIJ Recueil 2002, 303. Pour une liste des affaires subséquentes où de telles mesures ont été requises, voir notes 126-132.

[6] CIJ, *LaGrand*, paras. 117-127 et 128, points 6 et 7 du dispositif.

[7] Tout au long de ce chapitre, les termes « garanties pour l'avenir » et « obligation de non-répétition » seront utilisés par convenance et de manière interchangeable pour désigner

à des questions fondamentales du droit international sur lesquelles le Professeur Dupuy s'est penché au fil de ses écrits, qu'il s'agisse de la question du rapport du droit au temps, du rapport entre légalité et responsabilité, du processus normatif, du fondement de l'obligation et de ses divers types, de la théorie générale des actes et des moyens de s'engager juridiquement, du rôle du juge et de son pouvoir normatif, sans évidemment oublier la question de l'unité de l'ordre juridique international, pour ne nommer que les sujets qui touchent d'une façon ou d'une autre à notre présente étude.

Il sera donc question dans ces prochaines pages d'élucider certains aspects saillants qui sous-tendent la question de savoir si un État ayant commis un acte internationalement illicite doit, par acte unilatéral s'apparentant à première vue à une promesse, se lier pour l'avenir et assumer une nouvelle obligation qui se surajoute à l'obligation violée, et d'essayer d'établir les points de contact avec la théorie générale élaborée par le destinataire de ces réflexions. Un regard sur la littérature juridique révèle que les controverses sont encore nombreuses et qu'il n'y a pas encore de doctrine dominante en la matière[8]. Si le processus de maturation de cette norme secondaire du droit international de la responsabilité constitue à bien des égards un *unicum* au regard de l'interaction toute particulière entre la Commission de droit international et la Cour internationale de Justice (1), son analyse révèle à la fois les confusions conceptuelles qui sont apparues au sein de la Commission lors de l'œuvre codificatrice, tout comme plusieurs insuffisances dans l'élaboration conceptuelle opérée par la doctrine, trop souvent enchaînée dans un statisme atrophiant (2). Nul doute que l'opposition opérée en doctrine entre la dimension réparatrice et la dimension préventive permet de

---

l'institution juridique des « assurances et garanties de non-répétition » au sens de l'article 30, alinéa *b)* du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001. Cf. UN doc. A/56/10, *Annuaire de la Commission du Droit International*, II, 2001, 2e partie, 28.

8 On pourrait même affirmer que la doctrine fait état d'un singulier embarras lorsqu'elle veut bien se confronter à cette problématique en droit international général. La majorité n'en fait qu'une rapide mention sans approfondir la réflexion conceptuelle, et ceux qui s'y attèlent de plus près ne l'analysent que sous l'angle des contingences propres aux affaires *Breard, LaGrand* et *Avena* qui se rapportaient à l'interprétation et l'application de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. Cf. G. Palmisano, « Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit : À propos de l'affaire *LaGrand* », *Revue Générale de Droit International Public*, 106, 2002, 753-790 ; C. Tams, « Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition : *LaGrand* and the Law of State Responsibility », *Yale Journal of International Law*, 27, 2002, 441-444 ; L. Dubin, « L'obligation de fournir des assurances et garanties de non-répétition du fait internationalement illicite à l'aune des arrêts *LaGrand* et *Avena* ou la révolution n'aura pas lieu », *Revue Générale de Droit International Public*, 109, 2005, 859-888. Pour une analyse récente, voir : S. Barbier, « Assurances and Guarantees of Non-Repetition », in J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 551-561.

situer le débat sur le plan du rôle que jouent les assurances et garanties de non-répétition dans la dynamique propre au droit de la responsabilité. Mais élargir le débat sur la dimension proprement normative de cette institution c'est permettre d'en mieux saisir ses multiples potentialités dans le jeu interactif du processus normatif auquel se livrent les États à travers le temps.

1. Aux origines de l'obligation de non-répétition

Les fondements des garanties pour l'avenir sont de deux ordres. D'abord il convient de retracer succinctement les fondements conceptuels des garanties pour l'avenir (1.1) pour ensuite préciser le fondement juridique de l'obligation d'offrir des assurances et garanties de non-répétition et les circonstances particulières de son émergence dans le firmament normatif du droit de la responsabilité internationale (1.2).

1.1. *Trois fondements conceptuels*

Les fondements conceptuels des garanties pour l'avenir peuvent être classifiés en trois catégories qui font écho aux conceptions traditionnelles du droit de la responsabilité[9]. Ainsi, ce type de mesure est appelé à remplir des fonctions distinctes selon qu'il s'agisse de sanctionner un État responsable d'un fait illicite (1.1.1), ou d'assurer la pleine réparation des dommages encourus par l'État victime (1.1.2), ou encore d'assurer le respect du droit et la stabilité du système juridique (1.1.3).

1.1.1. La responsabilité-sanction

Dans sa première acception le droit de la responsabilité internationale a pour fonction primordiale de sanctionner toute violation du droit. La sanction étant entendue comme une sorte de peine, l'idée générale était que celle-ci devait « faire mal » au fauteur de trouble. Déjà Alberico Gentili avait entrevu cette dimension de la sanction dans le contexte du droit de la guerre lorsqu'il s'exprima que « les forces du vaincu doivent être brisées » dans la mesure où la méfiance et la crainte (même vaine ou exagérée) du vainqueur justifierait de s'affranchir de la volonté du vaincu[10]. Bien que la doctrine du 19ème siècle n'ait pas négligé la question de

---

[9] Sur la dépendance des conceptions théoriques du droit de la responsabilité, et donc des fonctions qu'on voudrait lui attribuer, des diverses philosophies du droit, voir : P.-M. Dupuy, « Responsabilité », in D. Alland & S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige, 2003, 1342.

[10] A. Gentili, *Les trois livres sur le droit de la guerre* (1612), Paris, Pulim, 2012, 544. Gentili ajoute aussi que « si le vainqueur veille pour lui-même à ne rien laisser à la volonté du vaincu, on ne peut l'accuser de façon juste. Même une vaine crainte est approuvée, en ce qu'elle dépend de la volonté d'autrui » (*Ibid.*).

la réparation du dommage (matériel), il n'empêche que les conséquences des violations du droit des gens à cette époque – surtout les dommages moraux tels que l'atteinte à l'honneur ou à la dignité d'un État – étaient plutôt analysées en termes de sanctions, notamment par le biais des représailles armées ou de la guerre. Dans ce contexte, les garanties pour l'avenir s'inscrivaient davantage dans la catégorie de mesures trouvant application suite aux conflits armés ou en réaction à d'autres violations qualifiées du droit des gens. Par exemple, Carlos Calvo rangeait parmi ce type de mesures, propres à contrer « la perfidie et la mauvaise foi » du fauteur de trouble, le dépôt de gage de valeurs mobilières, l'occupation temporaire de forteresses, de villes ou de portions de territoires, voire même l'intervention d'un tiers en tant que caution[11]. Dans cette optique, il serait même possible de placer certaines mesures adoptées dans le courant du 20ème siècle dans cette catégorie. L'on pense à l'occupation de la Sarre ou la démilitarisation de la Ruhr suite au premier conflit mondial ou à l'occupation de l'Allemagne suite au deuxième conflit mondial[12]. Il s'agirait donc de mesures afflictives imposées unilatéralement par le(s) vainqueur(s) du conflit armé succédant aux mesures coercitives proprement dites et servant tantôt à titre de sanction tantôt à titre de garantie au sens strict. Même si elles étaient normalement scellées dans un traité de paix, et donc soumises à l'apparent consentement de l'État vaincu, ces mesures étaient en réalité le fruit d'une politique coercitive, et partant essentiellement unilatérale. Par contre il est nécessaire de préciser qu'il s'agit dans ces cas de situations régies par des dispositions conventionnelles très spécifiques n'ayant qu'une valeur limitée dans l'élaboration d'une règle générale applicable *in abstracto* à tout type d'illicite international.

Alors que la doctrine du 20ème siècle allait très nettement focaliser son attention sur la dimension réparatrice du droit de la responsabilité des États, et comme

---

11 C. Calvo, *Manuel de droit international public et privé*, Paris, Arthur Rousseau, 1892, 440-441. Dans la mesure où la conquête était considérée comme légitime durant tout le 19ème siècle, les mesures énoncées par Calvo sembleraient tout à fait justifiées en raison de l'adage « qui peut le plus peut le moins ». Voir pourtant la position de Bluntschli, qui voyait dans les garanties pour l'avenir un remède également applicable en dehors du cadre du droit de la guerre, en cas de violations qualifiées du droit des gens. J.C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, Beck, 1878, 261. Pour les mesures envisagées par la CDI dans le cadre de la problématique du crime international, se référer à : G. Arangio-Ruiz, septième rapport, UN doc. A/CN.4/469 et Add.1-2, para. 32.

12 L'Union soviétique justifia aussi ses diverses annexions territoriales en 1945 à titre de sanction contre les crimes qu'elle avait subis, bien qu'il faille préciser que dans le cas des Kouriles l'URSS n'avait jamais réellement fait l'objet d'une agression armée de la part du Japon alors que les deux États étaient *de facto* des belligérants ennemis entre 1940 et 1945. Voir également les propos du Rapporteur Spécial Arangio-Ruiz, A/CN.4/SR.2315 (1993), para. 13 ; B. Graefrath, « Responsibility and Damages Caused : Relationship between Responsibility and Damages », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 185, 1984-II, 72.

nous allons le voir plus bas, aussi conceptualiser les garanties pour l'avenir sous ce registre, il est intéressant de noter qu'au bout du compte ce furent surtout les réflexions autour sa dimension afflictive qui auront assuré l'essor final de l'obligation de non-répétition en tant que conséquence « autonome » au sein du projet d'articles de 2001 ; et ceci à deux titres. Tout d'abord, si l'on se place dans le contexte des débats au sein de la Commission du droit international entre 1984 et 1996, le fondement normatif de l'obligation de non-répétition, et partant son existence juridique, n'étaient pas du tout clairs. Les exemples de la pratique internationale fournis par les divers rapporteurs n'ont pas réellement su convaincre certains membres influents de la Commission, et c'est finalement dans le contexte des débats autour d'un régime aggravé pour crime d'État que les garanties pour l'avenir semblaient devoir trouver toute leur raison d'être[13]. Ensuite, parce que les réflexions autour du régime aggravé adopté en dernière lecture en 2001, et notamment la systématisation des conséquences prévues au paragraphe 2 de l'article 48 du projet d'articles, ont finalement assuré à l'obligation de non-répétition une fonction propre et extérieure à la logique de la réparation (ou des remèdes au sens strict). Ceci étant, les efforts de codification du droit de la responsabilité seront fondamentalement épris de la logique réparatrice.

1.1.2. La responsabilité-réparation

La deuxième acception de la finalité du droit de la responsabilité est celle qui est centrée sur le dommage et la réparation de celui-ci[14]. C'est bien la dimension réparatrice qui a attiré l'attention de la vaste majorité de la doctrine et de la jurisprudence tout au long du 20ème siècle[15]. Ceci est essentiellement dû au fait que le

---

[13] Notamment en raison du rôle de la faute (*culpa*) auquel le quatrième Rapporteur Spécial, Gaetano Arangio-Ruiz, attachait beaucoup d'importance, cf. G. Arangio-Ruiz, deuxième rapport, A/CN.4/425 (1989), paras. 187-189. Plus particulièrement, voir les débats au sein de la CDI : A/CN.4/SR.2342 (1994) ; A/CN.4/SR.2391 (1995) ; A/CN.4/SR.2394 (1995) ; A/CN.4/SR.2386 (1995) ; A/CN.4/SR.2405 (1995). Voir également : Graefrath, « Responsibility and Damages Caused », 72. Le fait que les garanties pour l'avenir n'aient pas subi le même sort que le concept de crime démontre finalement qu'elles exercent une fonction propre et distincte dans le droit de la responsabilité. Ceci étant, elles continuent de jouer un rôle de premier ordre dans l'arrangement conceptuel opéré dans le projet de 2001, en particulier à l'article 48, paragraphe 2, où elles semblent être le seul « remède » *concret* mis à la disposition des États lésés « objectivement », en sus du droit d'obtenir une constatation judiciaire de la violation du droit dans un contentieux de la légalité.

[14] Voir, par exemple, P. Reuter, « Principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 103, 1961, 585 ; du même auteur, *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, 132-133.

[15] M. Virally, « Panorama du droit international contemporain », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 183, 1983, 225-226. Il suffit de se référer à la formule classique de l'affaire de l'usine de Chorzów : « [L]a Cour constate que c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un

contentieux juridictionnel de la responsabilité était principalement orienté vers le contentieux de la réparation, notamment dans le cadre de la responsabilité pour dommages causés aux étrangers ou à leurs biens, en tant qu'étape préalable à d'éventuelles mesures coercitives ou substitutives[16]. La problématique de l'obligation de non-répétition y trouvera également sa place, mais de façon plus discrète voire même de façon anecdotique. A cet égard les positions se divisent entre la doctrine (majoritaire) qui réduit l'obligation de non-répétition à une simple modalité possible parmi d'autres relevant de la satisfaction[17], et les auteurs qui lui attribuent un rôle plus important en tant que remède autonome, bien qu'exceptionnel, à côté de la restitution, l'indemnisation et la satisfaction[18].

---

engagement comporte l'obligation de réparer ». Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), *Affaire relative à l'usine Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, CPJI, série A, No. 17, arrêt du 13 septembre 1928, 29. Voir aussi : « C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même ». CPJI, *Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité) (compétence)*, CPJI, série A, No. 9, arrêt du 26 juillet 1927, 21.

16 Pierre-Marie Dupuy écrivait encore en 1984 que « [l]a fonction principale sinon exclusive de la responsabilité internationale en droit positif reste, pour l'heure, la réparation ». P.-M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 188, 1984-V, 81.

17 Voir, notamment, le rapport de L. Strisower sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, in *Annuaire de l'Institut de Droit International. Travaux préparatoires de la Session de Lausanne*, vol. I, Bruxelles, Goemaere, 1927, 490 ; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Sirey, 1938, 82-83 ; P. Bissonnette, « La satisfaction comme mode de réparation en droit international », Thèse IUHEI, Genève, 1952, 121-126 ; Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, 316 ; F. Przetacznik, « La responsabilité internationale de l'État à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre État », *Revue Générale de Droit International Public*, 78, 1974, 966-968 ; I. Brownlie, *System of the Law of Nations. State Responsibility. Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 208 ; du même auteur, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 461-462 ; Graefrath, « Responsibility and Damages Caused », 87 ; F. Capotorti, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 248, 1994, 266 ; E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées*, Paris, Pedone, 1995, 299 ; E. Lambert-Abdelgawad, « La spécificité des réparations pour crimes internationaux », in C. Tomuschat, J.-M. Thouvenin (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order* : Jus Cogens *and* Obligations Erga Omnes, Leiden, Brill, 2006, 194-195 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2010, 889. Voir également les projets d'articles élaborés par les Rapporteurs Spéciaux W. Riphagen, UN doc. A/CN.4/344 et Add.1 à 4, Art. 4, para. 3, et G. Arangio-Ruiz, UN doc. A/CN.4/425 et Add.1, Art. 10.

18 Notamment le premier Rapporteur Spécial, F.V. García-Amador : cf. UN doc. A/CN.4/134 et Add.1 (additif), Art. 27, para. 3. Cette solution a également été adoptée par la CDI dans son projet d'articles en première lecture de 1996 : cf. UN doc. A/CN.4/SR.2452,

Même si ces approches ont largement dominé les débats entourant les garanties pour l'avenir, elles allaient néanmoins butter sur le fait que la logique de la réparation s'inscrit fondamentalement dans un rapport bilatéral (ou bilatéralisé) orienté vers la remise en état d'une situation passée, alors que l'obligation de non-répétition est fondamentalement orientée vers l'avenir et s'inscrit davantage dans le contentieux de la légalité que dans celui de la réparation.

1.1.3. La responsabilité-restauration (de la légalité)

Il existe aussi une troisième acception de la finalité du droit de la responsabilité, qui fut, pourtant, longtemps négligée par les observateurs notamment à cause du fait de l'omniprésence de la dimension réparatrice d'une part, et des discussions échauffées entourant le crime international d'autre part. C'est celle qui s'attache à développer des techniques propres à assurer le respect et l'intégrité de l'ordre juridique international. Bien que Dionisio Anzilotti ait pratiquement absorbé cette dimension dans l'orbite de la réparation, il n'a pas manqué de reconnaître très tôt que tout acte illicite constitue en premier lieu une atteinte à l'ordre juridique et qu'à ce titre là une réaction juridique était nécessaire pour restaurer l'ordre troublé[19]. Ainsi affirme-t-il que la « violation de la règle est effectivement toujours un dérangement de l'intérêt qu'elle protège, et, par voie de conséquence, aussi du droit subjectif de la personne à laquelle l'intérêt appartient »[20]. Quelques années plus tard, Charles de Visscher insistait aussi sur cet aspect crucial de tout rapport de responsabilité, en proposant de distinguer la réparation directe de la réparation indirecte, la première étant destinée à assurer le retour à la légalité alors que la seconde visait la réparation du dommage proprement dit[21].

Mais si Anzilotti ramenait tout acte illicite international à la dimension intersubjective des sujets de droit, et que de Visscher analysait encore toutes les conséquences du préjudice porté à l'ordre juridique en termes de réparation,

---

Art. 46. Voir également : J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 656 ; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 89.

19 « Tout acte accompli par un sujet contrairement à la règle entraîne en conséquence l'obligation de rétablir, sous une forme quelconque, l'ordre juridique troublé par lui ». D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *Revue Générale de Droit International Public*, 13, 1906, 13. Voir également : Dupuy, « Le fait générateur », 96-98 ; du même auteur, « Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States », *European Journal of International Law*, 3, 1992, 139-149.

20 Anzilotti, « La responsabilité internationale des États », 13.

21 De Visscher cite à titre d'exemple de réparation directe l'annulation par une loi d'un jugement des tribunaux nationaux et l'abrogation ou la modification d'une loi incompatible avec une obligation internationale. Cf. Ch. de Visscher, *La responsabilité des États*, Leyde, Bibliotheca Visseriana, 1924, 118.

le Professeur Dupuy a bien su distinguer les différents registres concernés[22]. La division encore peu usitée du contentieux de la responsabilité entre le contentieux de la réparation et celui de la légalité allait trouver un nouvel essor sous sa plume amorçant du même coup un débat sur la nature et la fonction des garanties pour l'avenir dans le droit de la responsabilité[23]. Et dans la mesure où la Commission du droit international, sous la direction de son Rapporteur Spécial Roberto Ago, a définitivement écarté le dommage comme élément constitutif de la responsabilité internationale en adoptant une « conception purement normative et immatérielle de celle-ci »[24], la brèche fut enfin ouverte pour conceptualiser toute la gamme des conséquences possibles résultant d'un acte illicite international, y compris celles qui sont strictement destinées à rétablir l'ordre juridique troublé et à assurer son respect. Le recentrage ainsi opéré vers la fonction de restauration de la légalité a été identifié par le dédicataire avisé de ces lignes comme « un élément déterminant de l'unité formelle de l'ordre juridique international »[25].

D'un point de vue technique, ce glissement allait finalement consacrer le rôle quasi incontournable du tiers impartial pour adjuger le bien-fondé d'une demande de non-répétition. Car si le contentieux de la réparation peut très bien se passer du juge pour aboutir à un accord – ce qui distingue déjà la réparation de la sanction, infligée en règle générale de façon unilatérale, bien que pouvant être imposée par le biais d'un traité de paix[26] –, le contentieux de la légalité est davantage lié à l'action judiciaire. Dans ce contexte, les garanties pour l'avenir, bien qu'elles soient aussi un outil redoutable dans la pratique diplomatique[27], nécessitent presque par définition l'intervention du juge international pour déterminer si les conditions objectives d'application sont remplies d'une part, et

---

22 P.-M. Dupuy, « Responsabilité et légalité », in Société Française pour le Droit International, *La responsabilité en droit international*, Paris, Pedone, 1991, 281. Voir également : Dupuy, « Le fait générateur », 91-98.

23 « Au-delà de la réparation, la mise en œuvre de la responsabilité vise aussi à la restauration de la légalité internationale. Parce que l'une des deux conditions indispensables à l'engagement de la responsabilité d'un État est l'établissement du caractère illicite de son fait générateur, le contentieux de la responsabilité, même sous sa forme la plus classique, vouée à la réparation du dommage causé à l'État lésé, est lié par la force des choses à un contrôle de la légalité : établir la responsabilité internationale d'un État, c'est avérer l'existence à sa charge d'un manquement au droit ». Dupuy, « Responsabilité et légalité », 273. Voir les contributions dans : P.-M. Dupuy (dir.), *Obligations multilatérales, Droit impératif et Responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003.

24 P.-M. Dupuy, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan », *Revue Générale de Droit International Public*, 107, 2003, 327.

25 *Ibid*. Sur la question de l'unité formelle et matérielle de l'ordre juridique international, voir : P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002.

26 Voir par exemple les propos de la CIJ dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, para. 153.

27 Voir section 2.2 ci-dessous.

pour pouvoir trouver application de manière efficace de l'autre car revêtues d'un manteau légitimant de poids[28]. Par conséquent, l'obligation de non-répétition est objectivée par la voie du juge international qui la détache des subjectivités des parties. Ainsi, et de manière presqu'ironique bien qu'ontologiquement nécessaire, on s'aperçoit qu'au pouvoir arbitraire des parties se substitue le pouvoir discrétionnaire du juge[29].

1.2. *Le fondement juridique*

L'alinéa *b)* de l'article 30 du projet d'articles adopté par la CDI en dernière lecture en 2001 dispose que l'État responsable d'un acte internationalement illicite est obligé « [d]'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent »[30]. Mais quel est le fondement juridique de cette obligation ? S'agit-il de l'œuvre codificatrice d'une norme coutumière ou plutôt d'une tentative de développement progressif du droit de la responsabilité ? Un regard même avisé sur les travaux de la CDI, et plus particulièrement les divers rapports des Rapporteurs Spéciaux, ou sur la jurisprudence de la CIJ n'offre pas vraiment de réponse claire à ces questions. D'une part, les Rapporteurs Spéciaux de la CDI ayant traité de la question ont dû se rendre à l'évidence qu'il n'y avait *presque* pas de pratique étatique pertinente dans l'histoire diplomatique pour étayer leurs

---

[28] Ceci est renforcé par la formulation extrêmement vague de l'obligation de non-répétition opérée par la CDI à l'article 30, alinéa *b)* de son projet d'articles de 2001, notamment par l'emploi de la technique du standard renvoyant implicitement au pouvoir discrétionnaire du juge, tels que les expressions « assurances et garanties appropriées » ou « si les circonstances l'exigent ». Ainsi, la CDI manifeste sa préférence de voir confier l'application de cette norme indéterminée au juge international. Pour la notion de standard en droit interne, voir R. Pound, « The Administrative Application of Legal Standards », *Proceedings of the American Bar Association*, 44, 1919, 445-465 ; M. Hauriou, « Police juridique et fond du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, 265-312. Pour un essai d'application de la théorie du standard en droit international, voir Y. Radi, *La standardisation comme procédure systémique de formation du droit*, Thèse, Institut universitaire européen, Florence, 2010.

[29] Sur le pouvoir discrétionnaire du juge et de ses limites, voir : H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, 110-135 ; R. Dworkin, « Judicial Discretion », *Journal of Philosophy*, 60, 1963, 157-171 ; du même auteur, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1997, 31-39. Sur une approche plus pragmatique, voir : T. Ginsburg, « Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking », *Virginia Journal of International Law*, 45, 2005, 656-673.

[30] La CDI adopta le projet d'articles lors de ses 2683e et 2701e séances du 31 mai et 3 août 2001 respectivement. Lors de sa 2709e séance du 9 août 2001 elle décida de soumettre le projet d'articles à l'Assemblée générale en lui recommandant de prendre acte dudit projet. Cf. UN Doc. A/56/10, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 2001, vol. II (2e partie), 43-44, paras. 69-73.

propositions concernant les garanties pour l'avenir[31]. Ceci était d'autant plus vrai en ce qui concernait les décennies récentes qui précédaient leurs recherches, singulièrement marquées par une absence de ce type de demande, en particulier dans le contexte judiciaire interétatique[32]. D'autre part, la CIJ n'a pas estimé nécessaire de se prononcer sur le fondement juridique de cette obligation dans l'affaire *LaGrand* (ni dans aucune affaire subséquente), omettant toute analyse des deux éléments traditionnels de la coutume internationale, à savoir la pratique des États et l'*opinio juris sive necessitatis*[33]. Il paraît donc indiqué de revenir sur le processus de codification tout à fait particulier entourant les garanties de non-répétition. Il révèle d'une part un dialogue inédit entre la CDI et la CIJ laissant présager un nouveau visage du phénomène coutumier que l'on pourrait qualifier de façon insolite de coutume navette (1.2.1). Il révèle aussi que la pratique étatique, si pas absente, du moins silencieuse, joua néanmoins un rôle incontournable dans le processus coutumier (1.2.2).

1.2.1. Une coutume navette ?

Plusieurs éléments sont surprenants dans le processus qui nous intéresse ici. Tout d'abord l'incidence du temps sur le processus coutumier. Malgré le fait qu'elle

---

[31] Pour les éléments de pratique compilés par les divers Rapporteurs Spéciaux, voir : Arangio-Ruiz, UN doc. A/CN.4/425, paras. 154-162 ; J. Crawford, troisième rapport, UN doc. A/CN.4/507 (2000), para. 55, note 97. Voir également : UN doc. A/55/10, *Annuaire de la Commission du Droit International*, II, 2000, 2e partie, 26, para. 88. Voir aussi : Bissonnette, « La satisfaction comme mode de réparation », 121-126 ; et la discussion de l'affaire *Wilson* chez Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées*, 299-302.

[32] La seule mention, furtive, aux garanties de non-répétition dans une sentence arbitrale se trouve dans la sentence rendue dans le cadre de l'affaire du *Rainbow Warrior*, Sentence du 30 avril 1990, *Recueil des Sentences Arbitrales*, 20, 273, para. 122. Il est intéressant de noter que les deux derniers Rapporteurs Spéciaux n'ont pas pris compte de la pratique « positive » de plusieurs États durant les années 1990 devant la CIJ, notamment le Portugal, la Hongrie, la Slovaquie et l'Espagne. En effet, ces États ont demandé à la CIJ d'indiquer des garanties pour l'avenir bien que la Cour n'ait jamais eu l'occasion de se prononcer sur la question, sauf dans l'affaire du projet *Gabčíkovo-Nagymaros*, où la Cour décida d'opter pour une stratégie éclectique en matière de réparation. Ce manque de référence à la pratique récente s'explique d'autant moins que James Crawford agissait simultanément en tant qu'avocat et conseil de la Hongrie dans l'affaire du projet *Gabčíkovo-Nagymaros*. Ce silence pourrait éventuellement s'expliquer du fait que la CIJ ait « seulement » mentionné les prétentions des parties sans se prononcer sur leur bien-fondé ; omission gênante pour un codificateur qui veut baser son œuvre sur des précédents incontestés et incontestables.

[33] Sur la théorie des deux éléments, voir : P. Haggenmacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *Revue Générale de Droit International Public*, 90, 1986, 5-125 ; P.-M. Dupuy & Y. Kerbrat, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2010, 364-372.

fut traditionnellement reliée au temps de la longue durée[34], il est généralement admis depuis les arrêts sur le *plateau continental de la mer du Nord* qu'une coutume internationale peut surgir dans un temps relativement court si dans ce laps de temps la pratique des États est « fréquente et pratiquement uniforme » et qu'elle manifeste « une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »[35]. En ce qui concerne les garanties pour l'avenir, il a déjà été indiqué que les divers Rapporteurs Spéciaux n'ont pu masquer leur embarras lorsqu'ils furent sollicités de présenter des éléments de pratique diplomatique concrets, récents, dépourvus d'ambiguïtés, et susceptibles de servir de précédent dans la formation d'une règle générale[36]. Car s'il n'est pas douteux que des États qui se sont estimés lésés ont formulé au cours de l'histoire des prétentions en vue d'obtenir des garanties pour l'avenir, ces cas doivent toutefois être soumis à une analyse critique, notamment aux fins de savoir si les États qui se sont vus opposer de telles demandes y ont répondu favorablement de telle façon qu'on puisse y déceler une reconnaissance d'agir en conformité avec une obligation juridique. De même, la majorité des exemples fournis sont limités à des domaines bien précis du droit international, tels que le droit diplomatique (par exemple en vue d'assurer une meilleure protection des locaux diplomatiques par l'État accréditant) ou le droit des étrangers (par exemple en vue d'assurer une meilleure protection des étrangers et de leurs biens par l'État d'accueil), sans oublier les exemples propres au *ius post bellum*[37]. Ainsi, face à des exemples de pratique éparpillée et d'une force probante limitée se pose la question de savoir à partir de quand l'obligation de non-répétition a vu le jour dans l'univers normatif du droit international général.

Certains affirmeront que cette obligation est très ancienne et qu'elle est solidement ancrée en droit positif. Vu les développements précédents cela paraît

---

[34] F. Ost, M. Van de Kerchove, « Pluralisme temporel et changement. Les jeux du droit », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 387-412.

[35] CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (Pays-Bas/Allemagne ; Danemark/Allemagne)*, arrêts, CIJ Recueil 1969, para. 74.

[36] Ainsi, Arangio-Ruiz expliqua en 1993 qu'il n'était « malheureusement pas en mesure, à ce stade, de donner des exemples contemporains de garanties de non-répétition » ; cf. UN doc. A/CN.4/SR.2321 (1993), para. 29. Christian Dominicé avait déjà observé au début des années 1980 que les exemples généralement cités en doctrine ne laissaient pas entrevoir une obligation juridique : « Pour y trouver l'expression d'une obligation juridique précise, il faudrait une pratique autrement plus dense, uniforme, et surtout récente, que ne le sont les quelques exemples généralement cités ». C. Dominicé, « La satisfaction en droit des gens », in *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, 109. Voir également : R. Higgins, « Overview of Part Two of the Articles on State Responsibility », in Crawford, Pellet, Olleson, *The Law of International Responsibility*, 542.

[37] Voir également les propos de Mr. Bennouna en ce qui concerne le caractère peu approprié des exemples de pratique cités de l'époque coloniale : UN doc. A/CN.4/SR.2172 (1990), Mr. Bennouna, 175, para. 14.

néanmoins douteux. D'autres nieront tout simplement son existence et qualifieront la proposition de la CDI de simple exercice de développement progressif[38]. Au regard de la pratique judiciaire récente – non seulement de la CIJ mais aussi d'autres juridictions internationales, notamment la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH) – cette affirmation devrait également être prise avec un grain de sel. Enfin, l'on pourrait aussi affirmer que cette obligation a vu le jour dans un temps très court, une gestation d'une décennie environ, et qui a vu son couronnement selon les approches soit en 2001 à travers la consécration opérée par la CIJ dans l'affaire *LaGrand*, soit quelques années plus tard lorsqu'une pratique étatique suffisante est définitivement venue y apposer son sceau de validité. Au regard de cette dernière hypothèse, il convient de se demander si les conditions énoncées par la CIJ dans son arrêt de 1969 sont encore pertinentes ou bien si le phénomène institutionnel n'a pas finalement pris le dessus dans le cas qui nous intéresse à présent.

L'embarras des Rapporteurs Spéciaux s'est finalement mué dans une gêne généralisée de la CDI toute entière lorsqu'elle décida fin 2000 de suspendre ses travaux relatifs à l'obligation de non-répétition, préférant attendre le prononcé de la CIJ qui se trouva pour la première fois dans une situation où elle allait de toute vraisemblance se prononcer sur le bien-fondé d'une telle prétention[39]. En ayant, pour ainsi dire, « passé la patate chaude » à la CIJ, la CDI dévoila par là-même toute la fragilité de cette norme, démasquant du coup son propre doute quant à la position de celle-ci sur l'échelle de la normativité opposant la *lex ferenda* à la *lex lata*[40]. Face à cette situation, et au regard des circonstances propres des préten-

---

[38] Dominicé, « La satisfaction en droit des gens », 108-110 ; A. Pellet, « Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États », *Annuaire Français de Droit International*, 42, 1996, 16 ; S. Sullivan, « The Unfounded Adoption of Assurances and Guarantees of Non-Repetition », *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, 7, 2002-2003, 265-301. Au cours des deux décennies où la question fut débattue de façon régulière au sein de la CDI, plusieurs de ses membres ont exprimé leurs réserves voire même leur opposition à l'égard des garanties pour l'avenir. Voir, par exemple : UN doc. A/CN.4/SR.1890 (1985), Mr. Sucharitkul, 90, para. 35 ; UN doc. A/CN.4/SR.1892 (1985), Mr. Calero Rodriguez, 100, para. 34 et Mr. Flitan, 103, para. 55 ; UN doc. A/CN.4/SR.1894 (1985), Mr. Balanda, 113, para. 36 ; UN doc. A/CN.4/SR.1895 (1985), Mr. Ouchakov, 116, para. 22 ; UN doc. A/CN.4/SR.1899 (1985), Mr. Roucounas, 136, para. 2 ; UN doc. A/CN.4/SR.2321, (1993), Mr. Mikulka, 172, para. 26.

[39] Avant le prononcé de l'arrêt *LaGrand*, la CIJ n'eut qu'une seule fois l'opportunité d'inclure l'obligation de non-répétition dans son raisonnement sur le fond, à savoir à l'occasion de l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*. Dans toutes les autres affaires où le demandeur formula des demandes de non-répétition, la Cour n'avait pas l'opportunité de se prononcer sur le fond, soit pour des questions liées à la compétence, soit en raison du désistement d'instance.

[40] Sur la notion de *lex ferenda*, voir notamment : M. Virally, « A propos de la "*lex ferenda*" », in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, 519-533.

tions de l'Allemagne dans l'affaire *LaGrand*, il n'est peut-être pas étonnant, bien que regrettable, que la CIJ ait opté pour la voie d'échappatoire. En effet, suite à la mise à mort du dernier frère LaGrand, la demande allemande s'inscrivait entièrement dans le contentieux de la légalité limitant ses prétentions à une déclaration d'illicéité et à des demandes d'assurances et garanties de non-répétition, à l'exclusion de toute réparation du préjudice matériel et moral encouru[41]. Ayant établi que les États-Unis avaient commis plusieurs faits internationalement illicites, la CIJ fit droit à la demande allemande, du moins partiellement, sans pour autant vérifier le bien-fondé d'une telle demande dans le droit coutumier général. Ainsi, non seulement la CIJ ne procéda à aucune analyse (explicite) des deux éléments de la coutume, mais en plus, et ceci est tout aussi révélateur, ne fit aucune référence à la CDI, ses travaux ou son projet d'article relatif aux garanties pour l'avenir[42]. Quoi qu'il en soit, confortée par le précédent de l'affaire *LaGrand*, la CDI décida finalement de maintenir l'obligation de non-répétition dans son projet final[43].

S'il est indéniable que ce mouvement de navette présente « un cas fort intéressant de coopération normative » entre ces deux organes des Nations Unies[44], il s'inscrit difficilement dans le paradigme traditionnel d'un processus coutumier entièrement focalisé sur le comportement étatique. Avec l'émergence du droit de la coopération si cher à Wolfgang Friedmann[45], la doctrine a progressivement commencé à différencier entre la coutume ancienne et la coutume nouvelle. Cette dernière, dont l'obligation de non-répétition semble représenter une illustration idoine, se caractérise par une institutionnalisation croissante d'un processus rationalisé dont le produit final a été qualifié par Georges Abi-Saab de « coutume sage » (par opposition au processus spontané et séculaire

---

41 Voir cependant les propos de Pierre-Marie Dupuy, qui parle d'une demande en « satisfaction renforcée par l'injonction supplémentaire de fournir des assurances et garanties de non-répétition » ; P.-M. Dupuy, « La protection consulaire sous les feux de la jurisprudence internationale », in Société Française pour le Droit International, *La protection consulaire. Journées d'études de Lyon*, Paris, Pedone, 2006, 48.

42 Voir à cet égard les explications fournies par le Président de la CIJ, Gilbert Guillaume, lors de sa visite auprès de la CDI en 2001 : UN doc. A/CN.4/SR.2698 (2001), para. 32.

43 Le président du Comité de rédaction précisa par ailleurs que nonobstant l'importance de l'arrêt *LaGrand*, il ne constituait pas la seule base de la décision d'inclure les dispositions sur les garanties de non-répétition dans le projet final, car elles introduisaient un « principe utile », cf. UN doc. A/CN.4/SR.2701 (2001), para. 65.

44 Dupuy & Kerbrat, *Droit international public*, 553. Sullivan est plutôt critique de cet aller-retour entre ces deux institutions : « The ICJ's and ILC's surreptitious movement toward AGNRs [assurances and guarantees of non-repetition] resulted in an illegitimate and artificial production of an international rule, which is both bad public policy and which stains both the institutions and the principle », Sullivan, « The Unfounded Adoption », 301.

45 Par opposition au droit de la coexistence, cf. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964, 60-71.

de la « coutume sauvage »[46]). Un produit final donc qui n'émerge plus nécessairement de la spontanéité autonome des États mais qui est le fruit d'un processus de canalisation institutionnalisé, bien qu'encore décentralisé, permettant d'accélérer sensiblement le processus de sédimentation coutumier[47]. Le défi est désormais de s'assurer que les diverses incitations normatives offertes aux États le long du parcours soient captées, digérées, intégrées et reproduites par ceux-ci pour qu'elles se reflètent enfin dans une pratique faisant coïncider le fait avec la proposition normative. À cet égard, le juge joue à nouveau un rôle déterminant « dans la révélation sinon même parfois dans la formation de la coutume »[48], sans qu'il puisse pour autant se passer de la pratique des États pour en dériver une reconnaissance généralisée[49]. À cet égard, il semblerait que la forme et le degré d'intensité des éléments de pratique se soient peu à peu relativisés au fil des dernières décennies.

1.2.2. Une pratique contournée ?

Le fait que la CIJ n'ait pas jugé opportun de passer en revue les deux éléments constitutifs de la coutume tels qu'élaborés par elle-même au cours de son histoire judiciaire[50], laisse planer le doute que la CIJ ait tout simplement voulu contourner cette problématique pour ne pas dévoiler l'absence d'une pratique effective.

---

[46] G. Abi-Saab, « La coutume dans tous ses états, ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », in *International Law at the Time of its Codification : Essays in Honour of Roberto Ago*, Vol. I, Milano, Giuffré, 1987, 61. Le Professeur Dupuy emploie à cet égard le terme de « coutume post-moderne » pour qualifier la coutume version nouvelle de l'ère des Nations Unies, cf. P.-M. Dupuy, « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », in *Le droit international dans un monde en mutation. Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, 66-67. Les deux auteurs précités s'inscrivent dans le dialogue entamé par : R.-J. Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », in *La Communauté internationale : Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, 75-87.

[47] Abi-Saab, « La coutume dans tous ses états », 60 ; du même auteur, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 207, 1987-VII, 171-173 ; P.-M. Dupuy, « Soft Law and the International Law of the Environment », *Michigan Journal of International Law*, 12, 1990-1991, 420-435.

[48] Dupuy & Kerbrat, *Droit international public*, 367. Il semblerait que cela ait été le cas avec la « consécration » judiciaire des garanties pour l'avenir dans l'affaire *LaGrand*, car il n'y a plus que très peu d'auteurs dans la doctrine qui doutent encore de la positivité d'une telle obligation. Cf. par exemple, Sullivan, « The Unfounded Adoption », 265-301.

[49] Cf. les propos du juge Lachs dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, 231-232.

[50] Voir, notamment, CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, para. 77 ; CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, CIJ Recueil 1985, para. 27 ; CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012, para. 55.

Il a déjà été observé par certains auteurs que la CIJ consacre occasionnellement des règles générales en se fondant davantage sur l'*opinio juris* que sur des pratiques étatiques absentes ou contraires à l'énoncé normatif[51].

Deux aspects de la pratique étatique sont pourtant tout à fait pertinents pour évaluer la positivité des garanties pour l'avenir. En premier lieu, les États sont régulièrement sollicités par la CDI à se prononcer sur les projets d'articles élaborés par cette dernière et à soumettre leurs observations et commentaires. Ainsi, tous les États membres des Nations Unies ont eu l'occasion de s'exprimer à plusieurs reprises sur l'obligation de non-répétition[52] ; et s'il est vrai que seulement très peu d'États se soient prononcés, il est notable qu'aucun n'a formulé une opposition catégorique sur le principe même d'une telle norme[53]. De façon intéressante, seuls l'Allemagne et les États-Unis ont formulé des réserves négatives (par opposition aux réserves positives proposant de renforcer la norme) mais sans que celles-ci aient une incidence concrète. En ce qui concerne l'Allemagne, elle avait déjà très tôt exprimé son doute quant à l'automaticité d'une telle obligation, préférant limiter son application à des cas exceptionnels[54]. Ainsi, l'Allemagne ne doutait pas du bien-fondé d'une telle obligation, mais voulait éviter qu'elle soit la conséquence de tout type d'acte illicite international, préférant la circonscrire aux cas graves. L'attitude des États-Unis doit être replacée dans son contexte[55]. Ayant omis de se prononcer sur l'obligation de non-répétition dans ses premiers commentaires, les États-Unis informèrent la CIJ en cours de procédure qu'ils avaient l'intention de signifier à la CDI leur opposition radicale à l'inclusion de cette obligation dans le projet final[56]. Il est clair que cette tactique judiciaire dévoilait le caractère abusif d'une telle attitude, dont ni la CIJ, ni la CDI ne prirent compte pour aboutir à leurs conclusions respectives. Par ailleurs, il est intéressant de noter que ce retard de la part des États-Unis forclos aussi toute possibilité pour eux d'invoquer l'argument de l'objecteur persistant ayant omis

---

[51] P.-M. Dupuy, « Le juge et la règle générale », *Revue Générale de Droit International Public*, 93, 1989, 569-597.

[52] UN doc. A/CN.4/488 (1998), 122 ; UN doc. A/CN.4/515 (2001), 36-37 et 75-76, UN doc. A/CN.4/515/Add.2, 16.

[53] Voir les précisions dans J. Crawford, troisième rapport, UN doc. A/CN.4/507, 15 mars 2000, paras. 56-57.

[54] « To impose an obligation to guarantee non-repetition in all cases would certainly go beyond what State practice deems to be appropriate », Comments and observations of the Government of the Federal Republic of Germany, Ministry of Foreign Affairs, Bonn, 18 December 1997.

[55] Pour la position des États-Unis, voir : Commentaires et observations reçus des gouvernements, UN doc. A/CN.4/515, (2001), 37 et 75.

[56] CIJ, *Affaire LaGrand*, audience publique du 14 novembre 2000, CR 2000/29 (Mathias), para. 5.18.

de se manifester à temps pour désormais pouvoir invoquer la non-opposabilité de cette norme[57]. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* !

Ainsi, même si l'on ne peut pas vraiment déceler une pratique positive constante et uniforme, l'absence de contestation de la part de la vaste majorité des États quant à l'inclusion de l'obligation de non-répétition dans le projet final révèle une pratique négative, une pratique silencieuse, un consensus découlant d'une « unanimité parfois un peu forcée »[58], qui permet d'inférer une reconnaissance généralisée d'une telle obligation quant à son principe, même si beaucoup de différences persistent encore quant à son contenu, sa portée et ses modalités d'application.

À cette pratique silencieuse s'ajoute aussi une autre pratique non-négligeable, bien que d'une valeur probante moindre. Il s'agit de la pratique judiciaire des États devant la CIJ pendant la décennie précédent l'affaire *LaGrand*. Mais quel est son impact réel ? Suffit-elle pour déceler une reconnaissance généralisée d'une norme coutumière ? Sûrement pas. Son influence se situe à un niveau plus subtil ; celui de la psychologie, notamment par la familiarisation progressive des juges avec cette obligation inconnue du droit interne et rarement évoquée en droit international. À cet égard, le Professeur Dupuy joua décidément un rôle de précurseur en insufflant à cette pratique étatique un nouvel esprit tourné vers le contrôle de la légalité. Comme s'il s'agissait d'un exercice de maïeutique, ses plaidoiries n'ont pu manquer d'influencer les juges de la CIJ, d'autant plus que plusieurs d'entre eux avaient déjà participé aux travaux et discussions au sein de la CDI. Quelques exemples suffiront. Déjà à partir de 1991, le Portugal demanda à la CIJ de lui octroyer des garanties pour l'avenir dans l'affaire du *Timor oriental*[59]. Ensuite, la Hongrie exigea que la Slovaquie lui offre des garanties pour l'avenir dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*[60]. Enfin, l'Espagne demanda également des garanties pour l'avenir de la part du Canada dans l'affaire de *compétence en*

---

[57] Pour quelques réflexions autour de cette théorie, se référer à : P.-M. Dupuy, « À propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête sur l' « objecteur persistant », in *Le droit au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, 257-272. Il est à noter d'ailleurs que les États-Unis – traditionnels adeptes de la théorie de l'objecteur persistant – ne soulevèrent à aucun moment de l'affaire *LaGrand* la défense de l'objection persistante sans doute parce que cela aurait eu pour effet soit de concéder l'existence de la norme, ou du moins à en « hâter sa consécration », même si la chose était plaidée à titre alternatif (*Ibid.*, 270).

[58] J. Salmon, « Changements et droit international public », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 436.

[59] CIJ, *Timor oriental*, para. 34 (conclusion 5 (a)). La Cour déclina sa compétence et n'a donc pu se prononcer sur cet aspect particulier du fond. Pour sa part, l'Australie, bien que mentionnant spécifiquement cette demande particulière, rejeta la compétence de la Cour et ne se prononça pas davantage sur le bien-fondé de la prétention portugaise.

[60] Ce fut également le cas de la Slovaquie qui formula de telles demandes en cours d'instance. Cf. CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, paras. 127 et 129.

matière de pêcheries[61]. D'autres exemples pourraient être cités à ce point[62], mais il suffit de relever que toutes ces instances ont permis à la CIJ de se familiariser avec le concept de garanties pour l'avenir et de se rendre compte que les États y voyaient un instrument juridique applicable dans le contentieux judiciaire.

Ainsi, tous les indices portent à conclure que l'obligation de non-répétition fait dorénavant partie du droit positif à titre de norme coutumière. Par ailleurs, suite à l'affaire *LaGrand*, la CIJ fut saisie de manière régulière de demandes de garanties pour l'avenir ce qui lui donna l'occasion de réaffirmer la recevabilité de telles requêtes, bien qu'elle adopta une position très restrictive quant à l'opportunité de prononcer de telles mesures[63]. En définitive, l'aspect le plus intéressant du processus d'éclosion de cette norme est la dialectique opérant entre les trois acteurs principaux. Les « prophètes » de la CDI – pour paraphraser Jean Salmon – dénicheront et réactualiseront un outil de la technique juridique dans lequel certains États verront une utilité *certaine* en l'intégrant dans leurs stratégies judiciaires, et qui sera finalement consacré par les « grands prêtres » siégeant à la CIJ[64]. En rupture avec la conception traditionnelle du processus coutumier, le cas des garanties pour l'avenir fournit une illustration nouvelle, sinon inédite de la théorie du processus normatif institutionnalisé connu sous le nom de « coutume nouvelle » où la pratique étatique, bien qu'incontournable, se relativise dans ses manifestations et se dilue progressivement dans la reconnaissance présumée d'une normativité diffuse laissée à l'appréciation du juge. Entre codification et développement progressif, la CIJ s'est finalement ralliée du côté de la première, mais elle n'aurait sans doute pas opéré ce choix – nonobstant les contingences particulières du cas *LaGrand* – sans identifier au préalable des traces d'une pratique étatique, fut-elle silencieuse et diffuse. À présent, il sied de situer l'analyse des garanties pour l'avenir dans un cadre temporel plus dynamique permettant d'en saisir la dimension proprement normative[65].

---

[61] CIJ, *Compétence en matière de pêcheries*, requête introductive d'instance de l'Espagne du 28 mars 1995, point 5 (B). La Cour déclina sa compétence dans cette affaire, comme le Canada le lui avait demandé lors de ses différentes plaidoiries.

[62] CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, mémoire du Cameroun du 16 mars 1995, paras. 7.51-7.57 ; CIJ, *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, requête introductive d'instance du Paraguay du 3 avril 1998, para. 25 (conclusion II (3)). Dans cette dernière affaire, la Cour n'a pu se prononcer sur le fond en raison de l'arrangement intervenu entre les parties et le désistement de l'instance par le Paraguay.

[63] Voir les références aux notes 126-130 ci-dessous.

[64] Salmon, « Changements et droit international public », 433.

[65] Pour un commentaire plus systématique de l'article 30, alinéa *b)* du projet d'articles de 2001, se référer au Commentaire officiel de la CDI, *Annuaire de la Commission du Droit International*, II, 2001, 2e partie, 233-240. Voir aussi : Barbier, « Assurances and Guarantees of Non-Repetition », 551-561.

2. L'obligation de non-répétition située dans le temps

Sous l'angle du rapport entre le droit et le temps, l'on pourrait affirmer que toute la problématique du droit de la responsabilité s'inscrit dans une temporalité critique. Un temps dialectique marqué par le traditionnel couple continuité/discontinuité. Toute violation du droit, et en ce qui nous concerne, tout fait internationalement illicite constitue à la fois une rupture dans un rapport juridique inscrit dans la continuité, tout comme la naissance d'un nouveau rapport de droit qui s'établit immédiatement et directement « dans le plan des relations » entre les États concernés[66]. L'illicite ou la perception d'un tel par l'État qui estime en être victime ouvre un hors-temps, un temps en suspension, durant lequel le sort de la norme primaire violée demeure incertain (malgré le caractère nettement conservateur du droit de la responsabilité), et au terme duquel s'ouvrent autant de temporalités nouvelles pouvant résulter du jeu des règles secondaires, et notamment des garanties pour l'avenir[67].

L'essence même des garanties pour l'avenir est la volonté de maîtriser le temps futur, conçu comme un futur fermé par opposition à un futur ouvert. Elles aboutissent à enchaîner l'État responsable dans un lien juridique qui ne dépend plus totalement de sa volonté. Pierre-Marie Dupuy a bien relevé la nouveauté dans cette approche lorsqu'il explique que « [d]ans une perspective volontariste classique, en effet, il peut paraître surprenant que l'État souverain soit engagé pour l'avenir (mais contre son gré) à raison de ses agissements passés »[68].

Les difficultés conceptuelles et les incertitudes qui entourent jusqu'à présent l'obligation de non-répétition résultent en large mesure des hésitations doctrinales quant à l'incidence du facteur temporel dans l'analyse de cette obligation. Les oppositions se situent essentiellement au niveau du rapport qu'entretiennent les garanties pour l'avenir avec les autres règles secondaires se trouvant à la deuxième partie du projet de 2001, et la difficulté de conceptualiser la dimension « futuriste » du droit de la responsabilité (2.1). Mais au-delà d'une approche purement synchronique, le « formidable potentiel normatif » des garanties pour l'avenir apparaît encore plus clairement lorsque l'on s'interroge dans une perspective

---

66 CPJI, *Affaire des phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)*, arrêt du 14 juin 1938, CPJI, série A/B, No. 74, 28.

67 Sur la distinction entre « règles primaires » et « règles secondaires », voir : H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 79-99 ; N. Bobbio, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 159-173 ; J. Combacau, D. Alland, « 'Primary' and 'Secondary' Rules in the Law of State Responsibility : Categorizing International Obligations », *Netherlands Yearbook of International Law*, 16, 1985, 81-109. Voir également : R. Ago, deuxième rapport, UN doc. A/CN.4/233 (1970), para. 7 ; J. Crawford, premier rapport, UN doc. A/CN.4/490 (1998), paras. 12-18.

68 Dupuy, « Quarante ans de codification », 328.

diachronique sur les rapports qu'entretiennent de telles mesures avec la règle primaire violée (2.2).

2.1. *L'approche synchronique de l'obligation de non-répétition*

La rupture constituée par le fait illicite ouvre un temps critique. Les circonstances entourant la violation du droit, tant objectives que subjectives, tout comme le degré de gravité des conséquences qui en découlent peuvent être tels qu'ils ébranlent fondamentalement le rapport de confiance unissant les États concernés. En nous limitant pour l'instant à la dimension purement bilatérale du rapport de responsabilité, on peut affirmer qu'en violant une obligation internationale sans pouvoir se prémunir d'un fait justificateur reconnu en droit, l'État auquel le fait est imputable émet un signal ou un message à l'autre État qu'il lui convient d'interpréter soigneusement pour en dériver toute une gamme d'options juridiques. En effet, l'attitude de ce dernier par rapport au fait illicite joue un rôle tout aussi important dans l'évolution normative du rapport de responsabilité que l'État fautif. Ainsi, ce temps dialectique est caractérisé par le jeu des oppositions entre ces acteurs principaux – l'État responsable et l'État lésé – gravitant autour du nouveau rapport de responsabilité et auquel se greffe parfois un tiers impartial, en particulier le juge international. Dans ce contexte, les garanties pour l'avenir constituent certes un instrument novateur de maîtrise de l'avenir enrichissant du coup le droit de la responsabilité d'une nouvelle dimension temporelle (2.1.1) ; et pourtant, leur application et donc leur efficacité demeure dans une large mesure dépendant de l'approche adoptée par les juridictions internationales (2.1.2).

2.1.1. L'avenir maîtrisé ?

Pour dépasser le temps de crise caractérisant le rapport de responsabilité, les garanties pour l'avenir visent à inaugurer un temps régénéré où la confiance brisée peut se ressaisir sur des fondements solidifiés. Mais cette volonté de maîtriser l'avenir, pourtant simple dans son idée, se heurte à de nombreuses résistances théoriques et pratiques. Commençons par éclairer la nature de l'obligation de non-répétition (2.1.1.1) pour ensuite nous pencher sur l'analyse de sa position au sein du projet d'articles tel qu'adopté par la CDI en 2001 (2.1.1.2.).

2.1.1.1. *La nature juridique de l'obligation de non-répétition*

La simple lecture de l'alinéa *b)* de l'article 30 permet d'émettre trois observations préliminaires. Les garanties pour l'avenir visent à réduire le risque de récidive ou symétriquement à augmenter la probabilité d'un comportement conforme avec l'obligation violée. Elles sont donc intrinsèquement liées et dépendantes de l'obligation primaire qu'il s'agit de rescaper, d'où leur nature accessoire[69]. Ensuite, le

[69] Par là nous voulons dire que dans le cas de figure le plus simple, l'obligation accessoire de non-répétition suit le sort de l'obligation principale. Si cette dernière venait

fait que de telles mesures ne devraient être offertes par l'État responsable que « si les circonstances l'exigent » signifie qu'elles sont réservées pour des cas exceptionnels, notamment en cas de risque qualifié de répétition ou lorsque la gravité de la violation le justifie[70]. Le commentaire du projet d'articles indique à cet égard que les garanties pour l'avenir sont un moyen efficace et approprié lorsque « l'État lésé a des raisons de penser que le simple retour à la situation préexistante ne le protège pas de manière suffisante »[71]. Enfin, il faut relever le caractère non-automatique de ce genre de mesure nonobstant la rédaction de l'article 30, alinéa *b)* du projet d'articles. Même si cette disposition est formulée à juste titre en termes d'obligation de l'État responsable plutôt qu'en termes de droits de l'État lésé (directement ou indirectement), cette obligation ne devient opératoire qu'une fois que l'État qui s'estime lésé en fasse la demande formelle en tant que grief séparé soit directement auprès de l'État concerné par la voie diplomatique ou à travers ses prétentions et conclusions dans le cadre d'une procédure judiciaire[72]. Ce décalage pousse à s'interroger sur la nature de l'obligation de non-répétition en vue de déterminer son caractère unilatéral ou consensuel, voire imposé, si ordonnée par le juge. Nous procéderons donc par hypothèses successives[73].

L'hypothèse la plus simple consiste dans le cas où l'État responsable reconnaît son manquement au droit et déclare *sponte sua* vouloir adopter des mesures spécifiques – telles que l'adoption, la modification ou l'abrogation de dispositions législatives ou bien de directives administratives visant à modifier les pratiques des organes de l'État –, pour éviter que de nouvelles violations similaires se reproduisent. Il s'agirait d'une promesse, d'un type de déclaration unilatérale reconnu par la CIJ dans les affaires des *essais nucléaires*, pouvant produire des

---

à s'éteindre, il paraît de prime abord conséquent de conclure que l'obligation de non-répétition s'éteindra de même. Par contre, il est tout à fait possible d'imaginer des situations où l'obligation de non-répétition s'autonomise de par son contenu de la norme principale, et dont une violation n'engendrerait pas nécessairement une violation de l'obligation principale.

70 Barbier, « Assurances and Guarantees of Non-Repetition », 557.

71 Voir Commentaire officiel de la CDI, *Annuaire de la Commission du Droit International*, II, 2001, 2e partie, 236, para. 9.

72 Pour être plus précis, l'État lésé directement ou subjectivement dans ses droits a la qualité pour agir par le jeu de l'article 42 avec l'article 30, alinéa *b)* du projet d'articles ; et l'État lésé indirectement ou objectivement détient de la qualité pour agir en vertu des articles 48 et 30, alinéa *b)* dudit projet. Voir : G. Abi-Saab, « Que reste-t-il du 'crime international' ? », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 87-88.

73 Nous laissons de côté l'hypothèse où deux États s'accordent mutuellement par voie conventionnelle de garantir la non-répétition de certains agissements ayant constitués des faits illicites croisés. Voir, par exemple, l'article 2 du Pacte d'amitié entre les gouvernements des républiques du Costa Rica et du Nicaragua du 21 février 1949, 1465 RTNU 224.

effets juridiques et lier le promettant indépendamment d'un acte de reconnaissance du bénéficiaire[74]. Les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de maîtrise que l'État responsable maintient sur son engagement et dans quelle mesure il lui est loisible de s'en délier par la suite. Elles apparaissent également lorsque l'État ou les États lésés directement ou indirectement estiment que les assurances offertes ou les garanties adoptées ne suffisent pas pour rétablir la confiance nécessaire. Ces complications s'expliquent par la tension existant entre le *contexte* tout à fait particulier dans lequel s'inscrivent les garanties pour l'avenir, que nous avions identifié comme un temps critique et ouvert, et le *but* qu'elles poursuivent, à savoir d'aboutir à un temps régénéré et fermé. Alors que la théorie traditionnelle des actes unilatéraux, notamment celle relative aux promesses, s'inscrit le plus souvent dans un cadre d'analyse où la confiance réciproque est présumée, les garanties pour l'avenir s'inscrivent dans un registre où cette confiance est esquintée, parfois ébranlée. François Ost relève correctement le lien unissant promesse et confiance lorsqu'il explique que « la promesse génère la confiance et la présuppose en même temps »[75]. Dans ce rapport de réciprocité on retrouve également le rôle important que joue l'État lésé dans la restauration de la relation de confiance, notamment par la réception et l'acceptation des assurances ou garanties proposées. « La promesse engage le futur si, et seulement si, elle réussit à prendre appui sur une forme préalable de confiance qu'elle régénère et renforce tout en même temps »[76].

Supposons maintenant que ce soit l'État lésé qui exige des garanties pour l'avenir parce que le comportement de l'État responsable ne lui inspire plus suffisamment confiance notamment en raison du fait que ce comportement démontre un risque de récidive qualifié. La question de savoir si les garanties de non-répétition sont de nature essentiellement unilatérale ou consensuelle peut trouver plusieurs réponses. La formulation de l'alinéa *b)* de l'article 30 pourrait laisser supposer une préférence pour l'approche contractualiste. Ainsi, le fait de devoir *offrir* des garanties appropriées indique que cette offre doive trouver une contrepartie pour que l'obligation prenne effet[77]. Cependant, en l'absence de dispositions conventionnelles spécifiques, d'autres indices laissent plutôt conclure à la nature proprement unilatérale des garanties pour l'avenir. Tout d'abord, on peut relever que l'affaire *LaGrand* présentait justement la situation où les États-Unis arguaient de ce qu'ils avaient déjà adopté des mesures spécifiques pour éviter de nouvelles violations,

---

74 CIJ, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, CIJ Recueil 1974, para. 43 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, CIJ Recueil 1974, para. 46.

75 F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, 171.

76 *Ibid*., 175.

77 Sandrine Barbier estime que la formulation choisie par la CDI semblerait indiquer que les assurances ou garanties offertes doivent être acceptées ou du moins « acceptables » pour l'État lésé. Cf. Barbier, « Assurances and Guarantees of Non-Repetition », 558-559.

alors que l'Allemagne estimait que les mesures proposées ne suffisaient pas[78]. En l'occurrence, les États-Unis indiquèrent à la Cour avoir publié et distribué au sein de son administration décentralisée des brochures contenant des directives à l'intention des agents susceptibles de se trouver sous l'empire des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1963[79]. Non sans relever le caractère juridique de l'engagement pris par les États-Unis, la Cour prit simplement acte du comportement conciliant du défendeur durant la procédure et estima que ces mesures devaient satisfaire la demande allemande à titre d'assurance générale de non-répétition[80]. Sans doute est-il préférable que les États concernés se mettent d'accord, notamment en vue de l'effet cathartique du processus réconciliateur, mais l'accord de l'État lésé n'est pas indispensable pour produire l'effet juridique escompté. Il est également intéressant de constater que l'État lésé a certes la qualité pour agir devant un tiers impartial doté de la compétence nécessaire pour demander des garanties de non-répétition[81] ; par contre, le commentaire officiel de la CDI laisse entendre que cet État ne peut pas recourir aux contre-mesures lorsque l'État responsable refuse d'offrir les assurances et garanties exigées, soit catégoriquement soit partiellement[82]. Cette approche soulignerait d'autant plus le recours quasi inévitable, et décidément voulu par la CDI, du recours au juge international pour trancher le bien-fondé des demandes de garanties pour l'avenir dans chaque cas d'espèce.

Il semblerait se dégager des analyses précédentes que les garanties pour l'avenir constituent de prime abord des mesures unilatérales d'un caractère tout à fait particulier découlant du contexte relevé à plusieurs reprises plus haut. Il est à noter que la théorie traditionnelle des actes unilatéraux relative à l'institution de la promesse en droit international vise à conceptualiser la maîtrise de l'avenir en limitant la liberté d'action future du promettant, c'est-à-dire en créant un avenir certes fermé, mais pas totalement. En effet, la CIJ a précisé qu'une déclaration unilatérale dénotant une intention d'être lié constituait un engagement sur lequel le(s) bénéficiaire(s) pouvaient « tabler » et qui ne « saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision »[83]. Selon les circonstances, il serait donc envisageable que le promettant, qui s'était engagé *ex nihilo*, se délie de son engagement sous certaines conditions, notamment en

---

78 La même hypothèse se retrouve dans l'affaire *Avena* où le Mexique estimait que les mesures adoptées par les États-Unis étaient insuffisantes. *Affaire Avena*, voir note 5.

79 Convention de Vienne sur les relations consulaires, adoptée le 24 avril 1963 (entrée en vigueur le 19 mars 1967), 596 RTNU 261.

80 CIJ, *Affaire LaGrand*, para. 124.

81 La CIJ a indiqué sans équivoque que des conclusions tendant à obtenir des assurances ou garanties de non-répétition « sont certes recevables ». CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre la Cameroun et le Nigéria*, para. 318.

82 Crawford, troisième rapport, para. 58.

83 CIJ, *Essais nucléaires*, paras. 51 et 53.

maintenant un délai raisonnable[84]. Avec les garanties pour l'avenir, au contraire, l'on passe en quelque sorte d'une « obligation consentie » caractérisée par un temps voulu à une « obligation assumée » marquée par un temps subi[85]. En définitive, le futur de la promesse de non-répétition est un avenir fermé qui échappe dans une large mesure à l'emprise du promettant. Si l'obligation primaire venait à s'éteindre il paraît évident que l'obligation accessoire suivra son destin. Par contre, l'État responsable n'est plus libre de se délier de son engagement tant que l'obligation primaire reste en vigueur. Finalement, l'obligation de non-répétition, nonobstant son caractère unilatéral, ne dérive pas sa force obligatoire du principe de bonne foi – qui, selon la jurisprudence de la CIJ, est à la base des déclarations unilatérales typiques –, mais d'une règle coutumière spécifique dont le contenu trouve son reflet dans le projet de codification de 2001.

Avec l'intervention d'un tiers on passe à un tout autre registre, celui de l'obligation imposée. Il faut distinguer entre l'intervention du juge international (ou d'une juridiction comparable) et l'intervention des organes politiques. S'agissant de ces derniers, le Conseil de Sécurité imposa des mesures coercitives à titres de garanties pour l'avenir suite à l'invasion du Koweït par l'Irak en 1990-91[86]. Il exigea notamment de l'Irak qu'il désarme une partie de son arsenal, qu'il démantèle tous ses programmes d'armes chimiques et biologiques, et qu'il se soumette à des inspections régulières. Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte, le Conseil de Sécurité imposa unilatéralement ces mesures sans que l'Irak puisse s'y opposer. Dans ce contexte-ci, il s'agirait donc de mesures *imposées* unilatéralement par un organe dûment doté de compétences coercitives, et qui présentent un cas spécial tombant sous l'article 59 du projet d'articles. D'autres situations comparables, par exemple dans le cadre régional, tomberaient sous le coup de l'article 55 dudit projet.

Le maniement des garanties pour l'avenir par le juge ou l'arbitre international dépend de facteurs objectifs et subjectifs. Du côté des facteurs objectifs, on peut mentionner la base de compétence et le pouvoir juridictionnel du tribunal, et le

---

[84] CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, para. 63. Voir : J.-P. Jacqué, « À propos de la promesse unilatérale », in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, 339-344 ; C. Eckart, *Promises of States under International Law*, Portland, Hart, 2012, 251-276.

[85] L'amalgame entre obligation assumée et son caractère subi fait en réalité violence aux propos du Professeur Dupuy (« Assumée, elle n'est pas subie »), mais son discours s'inscrivait dans un autre registre autrement plus théorique et philosophique. P.-M. Dupuy, « L'obligation en droit international », *Archives de Philosophie du Droit*, 44, 2000, 217-231.

[86] Voir les résolutions 664 (1990) et 687 (1991). Voir les discussions : J. Crawford, troisième rapport, UN doc. A/CN.4/507 (2000), para. 59, note 105 ; UN doc. A/CN.4/SR.2342, Mr. Bennouna, para. 12.

contexte judiciaire[87]. Un tribunal arbitral constitué sur la base d'un compromis octroyant le pouvoir d'aménager les comportements futurs des parties, comme ce fut le cas dans l'affaire de la *fonderie de Trail*, peut s'aventurer dans le façonnement de l'avenir des parties. Le contexte judiciaire est également décisif à cet égard. La CIJ est traditionnellement très réservée en raison du respect qu'elle éprouve face à la souveraineté des États et de sa réticence de trop s'engager dans la création du droit. Ainsi, elle se limite habituellement soit à prendre acte des engagements pris par l'État responsable en lui laissant une large marge d'appréciation dans les moyens de mise en œuvre, soit à refuser d'octroyer des garanties pour l'avenir en raison de la bonne foi présumée de ce dernier. À l'opposé la Cour IDH – connaissant à la fois le contentieux interétatique et le contentieux mixte – n'hésite pas à indiquer des mesures précises que les États doivent adopter sous peine de demeurer sous la surveillance continue de la Cour par la voie de la procédure vérification[88]. S'employant à utiliser tout le spectre des mesures possibles pour assurer une effectivité optimale du système de protection des droits de l'homme, ce tribunal indique des mesures allant de modifications constitutionnelles[89] ou législatives[90] à des mesures plus spécifiques visant à changer certaines pratiques

---

87 Les garanties pour l'avenir ont suscité un intérêt croissant et sont également employées en dehors du contexte judiciaire. Par exemple, les travaux de la Commission des droits de l'homme sur les violations massives des droits de l'homme : T. Van Boven, Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final, 3 juillet 1993, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, paras. 47-48 ; C. Bassiouni, Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final, 18 janvier 2000, UN doc. E/CN.4/2000/62, para. 25. Voir aussi la Résolution 60/147 adoptée par l'Assemblée générale intitulée : Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, UN doc. A/RES/60/147, 16 décembre 2005, para. 23. Pour ce qui est du domaine de la justice transitionnelle, voir : C. Mottet, C. Pout (eds.), « La justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable », 2011, voir : http://www.ohchr.org/Documents/Countries/Africa/ActesConf2JusticeTransit.pdf.

88 H. Tigroudja, « La satisfaction et les garanties de non-répétition de l'illicite dans le contentieux interaméricain des droits de l'homme », in E. Lambert Abdelgawad, K. Martin-Chenut (dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Paris, Société de législation comparée, 2010, 69-89. En ce qui concerne le système européen, voir : Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées*, 309-313 ; E. Lambert-Abdelgawad, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme », Conseil de l'Europe, 2002, 20-24.

89 Voir, par exemple : Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH), *Case of Caesar v. Trinidad and Tobago*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of March 11, 2005, Series C No. 123, para. 133.

90 Voir, par exemple : Cour IDH, *Case of Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of June 21, 2002, Series C No. 94, para. 212 ; Cour IDH, *Case of Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, Merits, Reparations and

administratives[91], des programmes d'éducation[92] ou d'autres mesures ayant un caractère public (« measures of a public nature »)[93], et allant au-delà du cas spécifique entourant la violation individuelle soufferte par une ou plusieurs victimes. Dans un tout autre domaine, celui du droit des investissements, également caractérisé par la nature mixte du contentieux, on ne trouve aucune application de mesures s'apparentant aux assurances et garanties de non-répétition[94]. En effet, l'analyse des arbitres est entièrement centrée sur la dimension purement compensatoire du rapport de responsabilité sans que ces derniers s'immiscent dans l'aménagement de l'ordre juridique interne des États concernés.

Du côté des facteurs subjectifs, on peut succinctement soulever le comportement des parties, principalement du défendeur, ainsi que l'approche conceptuelle, voire philosophique qui sous-tend l'activité des membres d'un tribunal. Un comportement conciliant de la part du défendeur pourrait lui éviter de devoir affronter l'immixtion des juges internationaux dans son ordre juridique interne. Ainsi, malgré le fait que les États-Unis démontraient de singulières difficultés à appliquer correctement les obligations découlant de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963, et qu'ils avaient contrevenu aux obligations découlant des mesures conservatoires indiquées par la CIJ, les États-Unis ont adopté durant le cours de la procédure sur le fond des affaires *LaGrand* et *Avena* une stratégie

---

Costs, Judgment of March 1, 2005. Series C No. 120, para. 174 ; Cour IDH, *Case of Yvon Neptune v. Haiti*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of May 6, 2008, Series C No. 180, paras. 179 et 183 ; Cour IDH, *Case of López Mendoza v. Venezuela*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 1, 2011, Series C No. 233, para. 225 ; Cour IDH, *Case of Pacheco Teruel et al. v. Honduras*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of April 27, 2012, Series C No. 241, paras. 92-114.

91 Voir, par exemple : Cour IDH, *Case of Caesar v. Trinidad and Tobago*, para. 134 ; Cour IDH, *Case of Montero-Aranguren et al. (Detention Center of Catia) v. Venezuela*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of July 5, 2006, Series C No. 150, paras. 143-144 ; Cour IDH, *Case of Boyce et al. v. Barbados*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 20, 2007, Series C No. 169, paras. 127-129.

92 Voir, par exemple : Cour IDH, *Case of the « Mapiripán Massacre » v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 15, 2005, Series C No. 134, para. 316 ; Cour IDH, *Case of the Rochela Massacre v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of May 11, 2007, Series C No. 163, para. 303 ; Cour IDH, *Case of the Barrios Family v. Venezuela*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 24, 2011, Series C No. 237, paras. 341-342.

93 Voir, par exemple : Cour IDH, *Case of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, Reparations and Costs, Judgment of November 19, 2004, Series C No. 116, para. 104 ; Cour IDH, *Case of the Moiwana Community v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of June 15, 2005, Series C No. 124, paras. 216-218.

94 J. Crawford, « Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility », *ICSID Review*, 25(1), 2010, 182. A préciser que les garanties pour l'avenir sont envisageables dans le contentieux interétatique en rapport avec l'interprétation et l'application des traités bilatéraux d'investissement. Voir, par exemple, la demande de non-répétition formulée par l'Italie dans *La République d'Italie c. La République de Cuba*, Arbitrage ad hoc, Sentence finale, 15 janvier 2008, paras. 53 et 96 (point 1(d)).

proactive et conciliante permettant à la Cour d'adopter une position plus souple. De même, les États défendeurs, tout en niant généralement leur responsabilité, déclarent le plus souvent devant la Cour leur intention de se plier au prononcé du jugement, renforçant ainsi la présomption de bonne foi rituellement appliquée par la Cour. En ce qui concerne l'approche conceptuelle du tribunal, ou plutôt de ses membres, il suffit à nouveau de relever les différences d'approches mentionnées plus haut entre la CIJ et la Cour IDH.

2.1.1.2. *La fonction normative autonome de l'obligation de non-répétition*

Il convient à présent de situer plus précisément les assurances et garanties de non-répétition dans l'articulation générale des conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. Une analyse des évolutions successives des débats au sein de la CDI permet d'en restituer une lecture facilitée des enjeux essentiels. Essentiellement, l'équivoque tourne autour de la question du rapport qu'entretiennent les garanties pour l'avenir d'un côté avec la réparation, en particulier avec la satisfaction, et de l'autre côté avec la cessation[95]. L'hésitation est ainsi liée au fait que l'ensemble de la doctrine, ou presque[96], tout comme la vaste majorité des membres de la CDI ont toujours porté les lunettes de la réparation pour conceptualiser les garanties pour l'avenir, alors que le dernier Rapporteur Spécial, James Crawford, a opéré une volte-face de dernière minute en convaincant la majorité de ses collègues de rattacher l'obligation de non-répétition à l'obligation de cessation. Analysons donc tour à tour les différentes relations envisageables pour aboutir à notre propre critique de l'effort de codification entrepris par la CDI.

La majorité de la doctrine a tenté de conceptualiser les garanties pour l'avenir sous le registre de la satisfaction[97]. Le lien entre ces deux institutions a toujours été au devant des préoccupations en la matière notamment en raison du caractère gradué des mesures envisageables à titre de satisfaction. Ainsi, les garanties de non-répétition sont souvent perçues comme une modalité aggravée qui s'imposerait dans les cas où des excuses formelles ne seraient pas suffisantes. Certains observateurs ont même analysé l'arrêt *LaGrand* dans cette optique afin de critiquer le choix final adopté par la majorité au sein de la CDI[98]. La confusion provient notamment du fait que le commentaire de la CDI du projet d'articles maintient tout de même la possibilité d'octroyer des garanties de non-répétition sous forme de satisfaction[99]. Les propos de l'ancien président de la CIJ lors de sa

---

95 Certains auteurs pensent en revanche que l'obligation de non-répétition n'est pas une règle secondaire proprement dite, mais qu'elle se rattache directement à la règle primaire qu'il s'agit de consolider. Cf. R. Rivier, *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012, 515-516.

96 Voir les développements chapitre 1.1 ci-dessus.

97 Voir les références à la note 17 ci-dessus.

98 Voir, par exemple, les propos d'Alain Pellet devant la CDI : UN doc. A/CN.4/SR.2701 (2001), para. 68. Voir également : Daillier, Forteau, Pellet, *Droit international public*, 889.

99 Commentaire de l'article 30, note 65 ci-dessus, 238, para. 11. Le Comité de rédaction de la CDI de 2001, sous la présidence de Giorgio Gaja, préféra adopter une approche

visite à la CDI juste après l'arrêt *LaGrand* ne réduisirent pas non plus l'ambiguïté dans la mesure où le juge Guillaume estimait que la tendance générale au sein de la Cour de l'époque allait dans le sens de considérer les assurances et garanties de non-répétition comme une modalité possible de la satisfaction[100].

Toutefois, les deux catégories ne devraient pas être mélangées si l'on veut maintenir une certaine rigueur conceptuelle. Ainsi, la satisfaction est entièrement orientée vers le passé et forme à juste titre parti de la catégorie plus large de la réparation, alors que les garanties pour l'avenir sont entièrement orientées vers l'avenir[101]. Ces dernières ne sont justement pas des excuses « qualifiées » mais impliquent une prise de position rénovée et renforcée sur l'obligation primaire violée afin d'en assurer l'observance dans le futur. Alors que la satisfaction est en général liée au préjudice concrètement subi par la victime, les garanties pour l'avenir sont dotées d'une portée normative beaucoup plus large. Cette distinction qualitative entre satisfaction et garanties pour l'avenir avait d'ailleurs poussé la CDI à partir de 1992 à progressivement autonomiser les garanties pour l'avenir comme modalité autonome, bien qu'exceptionnelle, de la réparation[102]. Mais là encore, la même critique s'applique en ce que la réparation *stricto sensu* est entièrement tournée vers le passé en visant à remettre les choses en l'état, à rétablir l'équilibre juridique entre les parties, par voie de restitution, d'indemnisation et/ou de satisfaction. Ces confusions s'expliquent peut-être en raison du manque de conceptualisation des différentes fonctions et de leur interaction au sein du régime de la responsabilité. S'il est indéniable que les diverses conséquences prévues dans le projet d'articles de 2001 peuvent simultanément remplir des fonctions distinctes, il demeure indispensable de bien distinguer la fonction principale d'un « remède » particulier de ses fonctions accessoires ou potentielles. Ainsi, la réparation du dommage matériel aura éventuellement aussi un effet préventif ou dissuasif mais là ne réside pas la fonction principale de cette mesure, qui est entièrement centrée sur la remise en état d'une situation passée[103]. Si subjectivement, les garanties pour l'avenir peuvent être perçues par une victime ou un État lésé comme constituant une certaine forme de satisfaction, et par

éclectique en indiquant à la Commission que bien que les garanties pour l'avenir devaient être principalement rattachée à la cessation (et donc en dehors de la logique purement réparatrice), le commentaire sur le projet d'articles devrait néanmoins indiquer que ces mesures « peuvent toutefois être fournies au titre de la satisfaction » ; *cf.* UN doc. A/CN.4/SR.2701, 251, para. 66.

100 Cf. UN doc. A/CN.4/SR.2698 (2001), Mr. Guillaume, 226, para. 32.

101 C. Barthe-Gay, « Réflexions sur la satisfaction en droit international », *Annuaire Français de Droit International*, 49, 2003, 122.

102 Suite aux propositions éparses provenant de certains membres de la CDI : A/CN.4/SR.2174 (1990), Mr. Al-Baharna, 197, para. 143. Voir également : *Annuaire de la Commission du Droit International* (1990), Vol. II (2e partie), Mr. Arangio-Ruiz, 84, para. 403 ; UN doc. A/CN.4/SR. 2288 (1992), Mr. Yankov, 236, para. 64.

103 Personnaz, *La réparation du préjudice*, 325.

l'État responsable comme une sanction, objectivement de telles mesures se distinguent très nettement par leur fonction principale qui est d'anticiper les événements futurs, notamment en renforçant la sécurité juridique entre les parties. Ainsi, face à une pluralité de fonctions ou d'effets possibles, il convient d'adopter une approche plus rigoureuse en classifiant les différents « remèdes » à raison de leur fonction principale. La fonction préventive des garanties pour l'avenir inscrit bien ce genre de mesures dans le contentieux de la légalité, dont on a vu qu'il se détache complètement du contentieux de la réparation. Cette approche est d'ailleurs reflétée à l'article 48 du projet d'articles qui s'inscrit dans une dimension proprement multilatérale et qui, sous certaines conditions, prévoit la qualité pour agir pour les États qui sont lésés de manière indirecte ou de façon objective[104]. Les garanties pour l'avenir constituent à cet égard le seul instrument juridique réel à la disposition d'un tel État pour pouvoir s'assurer que son intérêt « subjectivé » soit respecté ou pour s'assurer que l'intérêt commun à la communauté conventionnelle ou universelle ne soit plus enfreint, étant entendu qu'il n'a droit à aucune satisfaction[105].

Au sujet de l'obligation de cessation, on pourrait également affirmer que la même confusion se reproduit à l'article 30 du projet d'articles de 2001 où les garanties pour l'avenir sont étroitement liées à la cessation. Cette approche a finalement été retenue par la CDI nonobstant les propos contraires du juge Guillaume mentionnés auparavant. Ainsi, la CDI explique que ces deux modalités « sont deux aspects du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte », tout en précisant que la « cessation est en quelque sorte l'aspect négatif de l'exécution future, à savoir mettre fin à un comportement illicite continu alors que les assurances et garanties ont une fonction préventive et peuvent être considérées comme un renforcement positif de l'exécution future »[106]. Plusieurs observations peuvent être faites à cet égard. Tout d'abord, le projet de 2001 a le mérite d'extraire la catégorie des garanties pour l'avenir de l'orbite de la réparation et de l'élever au statut de principe général applicable au même titre que le maintien du devoir d'exécuter de l'obligation principale (article 29), la cessation (article 30) et la réparation (article 31). De même, la conceptualisation tripartite de ce que la CDI appelle « le rétablissement et la restauration de la relation juridique » entre le maintien du devoir d'exécuter l'obligation principale, la cessation du fait illicite continu, et l'octroi de garanties pour l'avenir constitue une avancée théorique significative en ce qui concerne

---

104 Abi-Saab, « Que reste-t-il du 'crime international' ? », 87-88.

105 À noter qu'Alain Pellet s'insurge contre la possibilité qu'un État agissant sous le coup de l'article 48 puisse réclamer des garanties de non-répétition à son bénéfice, cf. UN doc. A/CN.4/SR.2701 (2001), 252, para. 71. Il pense à cet égard, notamment, que les garanties de non-répétition telles que codifiées par la CDI représentent une véritable « bombe à retardement », cf. Pellet, « Remarques sur une révolution inachevée », 16.

106 Commentaire de l'article 30, voir note 65 ci-dessus, 233, para. 1.

le contentieux de la légalité et le renforcement de la légalité internationale[107]. Mais à vrai dire, le lien logique établi par la CDI entre l'obligation de cessation et celle de non-répétition est assez ténu, et l'explication basée sur la distinction entre l'aspect positif et négatif de l'exécution future ne convainc pas. Premièrement, la cessation vise un comportement présent avec un référentiel orienté vers le passé[108]. Il s'agit de mettre un terme à une violation continue, à savoir un fait illicite qui se prolonge dans le temps et qui perdure, alors que les garanties pour l'avenir ne présupposent pas un fait illicite continu mais plutôt une succession de faits illicites similaires, mêmes distendus dans le temps, dénotant un risque que de nouvelles violations se reproduiront à l'avenir. La cessation est « la première condition à remplir pour éliminer les conséquences du comportement illicite »[109]. En ce sens, elle est une conséquence incontournable et nécessaire dans tous les cas où l'illicite perdure, mais là s'arrête aussi sa portée. En revanche, les garanties de non-répétition se caractérisent par leur non-automaticité et par leur application exceptionnelle. Même si l'on pourrait affirmer que l'obligation de cessation et l'obligation de non-répétition constituent les deux pôles gravitant autour de l'obligation de réparation, l'une opérant en amont, l'autre en aval[110], il demeure que ces deux conséquences juridiques ne se recouvrent pas et agissent sur des plans totalement séparés quant à leurs effets sur le temps. Ainsi, au lieu de rechercher à développer une conception univoque, la CDI a maintenu une double équivocité en liant les garanties pour l'avenir à la cessation d'abord, tout en prévoyant la possibilité de les conceptualiser sous le registre de la satisfaction. Il eut été préférable à notre sens que les garanties pour l'avenir aient trouvé expression dans une disposition séparée au sein des principes généraux de la deuxième partie du projet d'articles afin de bien relever leur nature autonome et leur fonction propre.

2.1.2. Une maîtrise hésitante de l'avenir

Les nombreuses incertitudes qui entourent les garanties pour l'avenir sont également répercutées dans la jurisprudence internationale. À cet égard, il convient de distinguer entre l'approche prudente de la CIJ et l'approche éclectique de la Cour IDH, bien que nous traiterons principalement de la jurisprudence de la Haute Cour de La Haye pour limiter notre analyse aux rapports interétatiques[111]. Comme il a été relevé, la CIJ a bien confirmé la recevabilité

---

107 Dupuy & Kerbrat, *Droit international public*, 553.

108 Barbier, « Assurances and Guarantees of Non-Repetition », 556.

109 Commentaire de l'article 30, voir note 65 ci-dessus, 234, para. 4. Voir également : Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées*, 300.

110 Voir la plaidoirie du Professeur Dupuy lors du premier tour de la procédure orale dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, CR 97/6 (Dupuy), 57-59, paras. 10-11.

111 Pour une analyse de la pratique interaméricaine, voir : Tigroudja, « La satisfaction ».

d'une demande de non-répétition mais elle n'a jamais à proprement parler ordonné à l'État responsable d'adopter des mesures spécifiques ou de formuler des assurances formelles en vue d'éviter la répétition de la violation constatée. Plusieurs explications peuvent être émises à cet égard dont on mentionnera le rapport entre le temps et la fonction judiciaire, les conditions d'application de la règle de non-répétition, et l'interprétation stricte employée par la CIJ.

Dans son étude sur les rapports entre le droit et le temps, Gerhart Husserl a raccordé aux trois pouvoirs des temporalités distinctes[112]. Selon cet auteur l'activité du législateur est essentiellement tournée vers l'avenir, alors que l'administration agit dans le présent, et que le juge oriente son activité vers le passé. Dans cette perspective, la doctrine a traditionnellement estimé que l'activité du juge était limitée à dire le droit et à appliquer le droit à des situations passées. La CIJ a également démontré une certaine aversion à se confronter à des situations futures lorsqu'elle affirma qu' « il est évident qu'en ce qui concerne le fond comme la compétence la Cour ne statue que sur l'affaire portée devant elle et non sur une situation hypothétique qui pourrait se produire dans l'avenir »[113]. Le droit de la responsabilité en particulier confortait cette attitude dans la mesure où la dimension proprement réparatrice avait toujours déterminé le discours adopté par les parties au procès et par la Cour elle-même. Mais cela n'empêche que l'activité judiciaire n'est pas limitée à des situations passées et doit souvent conjuguer avec différentes temporalités, que ce soit au niveau du décalage entre le temps juridique et le temps judiciaire, ou bien au niveau proprement prospectif. Cela commence tout d'abord par le constat qu'une décision judiciaire, bien qu'étant généralement le fruit d'un raisonnement résultant de la confrontation du droit en vigueur à des événements passés, produit ses effets dans le futur. Ainsi, les parties sont par exemple appelées à se mettre d'accord sur le *quantum* de la réparation dans un avenir rapproché[114]. Dans l'affaire des *otages à Téhéran*, la CIJ a indiqué des mesures spécifiques que l'Iran devait adopter pour assurer la sécurité des personnes séquestrées notamment lors de leur départ du territoire iranien[115]. Elle a également opéré une distinction méthodologique entre la dimension déclarative et la dimension normative de certains de ses arrêts[116]. À un niveau plus général, la Cour n'a pas hésité à affronter des événements hypothétiques futurs. Ainsi, dans

---

112 G. Husserl, *Recht und Zeit*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1955, 52-62.

113 CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, CIJ Recueil 1974, 202-203, para. 70.

114 La CIJ n'a que fixé deux fois dans son histoire le montant d'une indemnité en raison du désaccord des parties. CIJ, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni/Albanie)*, fixation du montant des réparations, arrêt, CIJ Recueil 1949, 244 ; CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation due par le République démocratique du Congo à la République de Guinée, arrêt du 19 juin 2012.

115 CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. République islamique d'Iran)*, arrêt, CIJ Recueil 1980, 45, point 3 *b)* du dispositif.

116 CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, paras. 130-131.

l'affaire des *essais nucléaires* la CIJ a entrevu la possibilité que la France se délie de son engagement unilatéral de ne plus procéder à des essais atmosphériques, et a par conséquent rédigé une clause de sécurité dans ses arrêts pour geler le lien juridictionnel existant entre les parties à l'instance[117]. On pourrait aussi mentionner l'institution des mesures conservatoires qui exige également des juges de figer les comportements futurs des parties à l'instance. Ces mesures présentent quelques ressemblances avec les garanties pour l'avenir, tels que l'appréhension du risque et la tentative de maîtriser le futur. Néanmoins, elles se distinguent nettement quant à leurs caractéristiques essentielles. Ainsi, les mesures conservatoires sont par définition temporaires et limitées à l'instance en cours, alors que les garanties pour l'avenir s'inscrivent dans un temps long extérieur aux aléas de la procédure judiciaire[118]. Les premières trouvent aussi application en dehors du contentieux de la responsabilité (p.ex. le contentieux territorial) alors que les secondes y sont intimement rattachées ; et même dans le cadre du contentieux de la responsabilité, les premières trouvent application avant la constatation d'un fait internationalement illicite, alors que les secondes en sont une conséquence éventuelle. En ce qui concerne les conditions d'application, les différences sont également apparentes. Alors que les mesures conservatoires s'inscrivent dans un contexte marqué par l'urgence et l'irréversibilité d'un dommage futur hypothétique, rien de tel avec les garanties pour l'avenir qui supposent essentiellement un risque de répétition qualifié tout en aménageant le critère de gravité et où les critères d'urgence et d'irréversibilité ne sont pas des conditions nécessaires[119]. Ces quelques exemples suffisent à démontrer que l'activité de la CIJ s'inscrit dans plusieurs temporalités complexes dont certaines se superposent alors que d'autres s'enchevêtrent.

---

[117] CIJ, *Essais nucléaires*, 272, para. 60, et 477, para. 63 respectivement.

[118] Pour un exemple intéressant où les garanties de non-répétition ordonnées par un tribunal remplacent les mesures conservatoires dès le prononcé de l'arrêt, voir la décision de la Cour IDH: *Case of Boyce et al. v. Barbados*, para. 129.

[119] Une autre différence se situe au niveau du standard de la preuve qui est plus élevé pour les garanties pour l'avenir. Voir les propos de l'ancienne Présidente de la CIJ, Dame Higgins : « Ce type de réparation pose de gros problèmes de preuve au juge, à qui il est dit non pas qu'une certaine violation d'une obligation se poursuit, mais qu'une violation s'est produite dans le passé et risque fort de se reproduire à l'avenir, ce qui soulève une foule de questions concernant la qualité des preuves, la compétence et la bonne administration de la justice. Quels éléments de preuve suffisent-ils à démontrer ce risque ? De qui doivent-ils émaner ? À quel stade de l'instance doivent-ils être produits au plus tard et à quels critères d'examen doivent-ils être soumis ? », *Discours de S. Exc. Mme Rosalyn Higgins, Président de la Cour internationale de Justice, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale*, 27 octobre 2006, 2. Voir également : Higgins, « Overview », 543. Sur une analyse des conditions d'application de l'article 30, alinéa *b)*, voir : Barbier, « Assurances and Guarantees of Non-Repetition », 551-561.

Un regard sur la jurisprudence de la CIJ ne permet toutefois pas d'observer un succès des garanties pour l'avenir. Depuis leur consécration dans l'affaire *LaGrand* le nombre de demandes de non-répétition a augmenté sensiblement, mais la Cour n'a jamais accordé de telles mesures. Cette observation s'applique sans doute aussi à l'arrêt *LaGrand* lui-même nonobstant les opinions contraires exprimées dans certaines analyses doctrinales[120]. Ainsi, en ce qui concerne la demande d'assurance générale, la Cour a simplement pris acte des engagements professés par les États-Unis en cours d'instance tout en affirmant que ceux-ci devaient être réputés satisfaire à la demande allemande[121]. Par contre, en ce qui concerne les assurances spécifiques exigées par l'Allemagne, il est douteux que les indications de la Cour puissent être qualifiées de garanties pour l'avenir proprement dites. La précision que les États-Unis devaient permettre le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité et de la peine dans les cas futurs de détentions prolongées ou de condamnations à des peines sévères, pourrait tout aussi bien être analysée comme une indication sur le mode approprié de réparation qu'il conviendrait d'appliquer si une telle hypothèse devait se reproduire[122]. On pourrait également y voir un exercice d'interprétation expansive de la règle primaire, en l'espèce l'article 36, paragraphe 2 de la Convention de Vienne de

---

120 Dans le sens de notre propos s'inscrivent également les juges Guillaume et Higgins. Le juge Guillaume expliqua devant la CDI que la concision alarmante dans l'arrêt *LaGrand* était due au fait que « la Cour a préféré ne pas être explicite sur certains points, jugeant que la question de la non-répétition n'était pas pertinente en l'espèce », cf. UN doc. A/CN.4/SR.2698 (2001), 226, para. 32. La juge Higgins expliqua pour sa part que la Cour n'avait pas ordonné des garanties pour l'avenir en l'espèce : « Nor did we accept the argument advanced by the Applicant in the *LaGrand* case that the remedies should include a guarantee or assurance of non-repetition of the illegal acts », tout en rajoutant que « [t]o date, the International Court has treated requests for guarantees of non-repetition with the greatest caution [...] In the *LaGrand* and *Avena* cases, the Court was asked for many things but ultimately fashioned its own remedy », voir note 119 ci-dessus, 2-3. Voir cependant, Dupuy, « La protection consulaire », 46-47.

121 Pierre-Marie Dupuy parle d'une « certaine mansuétude » de la part de la Cour dans le cas d'espèce ; *Ibid.*, 48. Il faut toutefois relever l'effet fixateur opéré par l'inscription de l'engagement unilatéral dans le dispositif de l'arrêt sous couvert de garanties pour l'avenir, car cet acte judiciaire transforme en quelque sorte un acte unilatéral typique soumis à des conditions particulières relatives à sa révision, en un acte unilatéral atypique soumis à des conditions plus strictes dans la mesure où il s'agit d'un engagement désormais irrévocable, inconditionnel et durable.

122 En effet, la Cour laissait transparaître par-là quelle aurait été la solution retenue par elle dans l'hypothèse où les États-Unis n'auraient pas exécuté Walter LaGrand et que l'Allemagne aurait maintenu sa demande de réparation. D'ailleurs, cette interprétation est confirmée par l'arrêt *Avena* où la Cour a refusé d'octroyer des assurances spécifiques au Mexique tout en affirmant l'obligation de procéder à un réexamen des verdicts de certains individus condamnés, et ceci à titre de réparation. CIJ, *Affaire Avena*, para. 148.

1963, en lui apportant les précisions supplémentaires nécessaires pour en assurer l'application effective et aboutissant en fin de compte à une densification normative opposable *erga omnes partes*[123].

La CIJ ne s'est pas davantage attardée sur la problématique des garanties pour l'avenir dans les affaires suivantes. Les raisons sont des plus diverses. Dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, la Cour a refusé d'ordonner des garanties pour l'avenir parce que le différend dont elle était saisie s'inscrivait dans un contentieux territorial plutôt que dans le contexte d'un contentieux de la responsabilité[124]. Dans l'affaire *Avena*, elle estima que le Mexique ne s'était pas acquitté du fardeau de prouver l'existence d'une « pratique de violation récurrente et continue » qui, selon elle, eut été nécessaire pour faire naître un risque de répétition qualifié[125]. Dans l'affaire des *activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour prit à nouveau acte de l'existence d'un engagement conventionnel qui devait satisfaire aux demandes d'assurances et de garanties formulées par le gouvernement congolais[126]. Dans l'affaire du *génocide en Bosnie*, la CIJ souleva la question de l'opportunité d'ordonner au défendeur de fournir des garanties pour l'avenir dans un cas présentant un degré de gravité certain dans la mesure où il s'agissait de la violation de l'obligation de prévenir un génocide. Pourtant, la Cour a estimé qu'en vue du temps qui s'était écoulé entre les comportements fautifs et le prononcé de l'arrêt il n'y avait vraisemblablement plus de risque de répétition, nonobstant l'existence de quelques événements sporadiques qui pouvaient soulever des inquiétudes mais qui ont finalement été écartés par la Cour[127]. Dans l'affaire sur *l'entraide judiciaire en matière pénale*, la Cour ne s'est même pas prononcée sur le grief soulevé par le Djibouti en affirmant que le constat d'illicéité constituait une satisfaction appropriée[128]. Dans *Avena II*, la Cour a également refusé d'ordonner des garanties pour l'avenir en expliquant que son arrêt *Avena I* restait obligatoire[129]. Enfin, dans toutes les affaires subséquentes la CIJ n'entra jamais en matière, affirmant de manière répétée qu' « il n'y a pas lieu de supposer que l'État dont un acte ou

---

123 Ceci découle également de la déclaration du juge Guillaume annexée à l'arrêt *LaGrand*, 517. Voir : Dubin, « L'obligation de fournir des assurances », 872-874.

124 CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, para. 318. Voir à cet égard les propos de la Présidente Higgins, note 119 ci-dessus, 4-5.

125 CIJ, *Affaire Avena*, para. 149.

126 CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, CIJ Recueil 2005, para. 257.

127 CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ Recueil 2007, para. 466.

128 CIJ, *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt CIJ Recueil 2008, para. 204.

129 CIJ, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire* Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique) *(Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, CIJ Recueil 2009, paras. 58-60.

un comportement a été déclaré illicite par la Cour répétera à l'avenir cet acte ou ce comportement, puisque sa bonne foi doit être présumée »[130].

Cet aperçu révèle une situation assez inquiétante quant au statut réel des garanties pour l'avenir dans le contentieux judiciaire devant la CIJ. Alors que la Cour IDH use pleinement de son pouvoir discrétionnaire pour faire usage de sa créativité dans le modelage des remèdes et autres mesures qu'un État doit adopter, la CIJ est extrêmement prudente dans son approche aux garanties pour l'avenir. A noter que prochainement la Cour aura éventuellement l'occasion de se prononcer à nouveau sur les garanties pour l'avenir dans deux contextes tout à fait intéressants. Dans l'affaire de la *chasse à la baleine*, qui s'inscrit dans le cadre d'un contentieux de la légalité, la Cour sera pour la première fois confrontée à une demande de non-répétition – bien que formulée de façon temporaire – qui s'inscrit dans le cadre multilatéral envisagé par la CDI à l'article 48 du projet d'articles[131]. Enfin, la Cour devra éventuellement analyser dans l'affaire de *certaines activités* le bien-fondé de nouvelles demandes de non-répétition formulées en cour d'instance par le Costa Rica, alors que la Cour avait déjà refusé une telle demande dans l'affaire du *différend relatif à des droits de navigation* en raison de la présomption de bonne foi[132]. Cette hypothèse retient tout particulièrement l'attention dans la mesure où le Costa Rica allègue que le Nicaragua s'est rendu coupable de violations renouvelées nonobstant le constat d'illicéité émis par la CIJ dans son arrêt de 2009. Si la Cour devait trouver que le Nicaragua a violé les obligations qui lui incombent en vertu de l'arrêt de 2009, peut-être qu'une telle attitude défiante poussera la Cour à employer un langage plus ferme notamment en ayant recours à l'instrument des garanties pour l'avenir, si tant soit peu que les autres conditions pour leur application soient remplies.

L'analyse a jusqu'à présent porté sur la dimension purement synchronique de la norme de non-répétition, essentiellement axée sur le jeu des règles secondaires dans le cadre du contentieux judiciaire de la responsabilité. Une analyse plus dynamique des diverses interactions possibles entre règles secondaires et règles primaires, que ce soit dans le cadre du contentieux judiciaire ou en dehors, enrichi le débat en le portant sur les diverses potentialités de la technique des garanties pour l'avenir.

---

130 CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, CIJ Recueil 2009, para. 150 ; CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, CIJ Recueil 2010, paras. 277-278 ; CIJ, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (Ex-République Yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, para. 168 ; CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012, para. 138.

131 CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)*, requête introductive d'instance du 31 mai 2010, 18, para. 41 *(c)*.

132 CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, requête introductive d'instance du 28 novembre 2010, 27, paras. 41-42.

2.2. *Une vision diachronique de l'obligation de non-répétition*

L'étude doctrinale des garanties pour l'avenir est généralement limitée à une analyse statique de leur application dans le cadre strict des conséquences du fait internationalement illicite et de la mise en œuvre de la responsabilité. Ceci est d'autant plus vrai que l'attention est portée sur le contentieux judiciaire. À cet égard, l'examen du jeu opérant entre les règles secondaires a pu révéler la nature *sui generis* des garanties pour l'avenir, tout en sachant que les chances de succès d'une telle demande sont (encore) très minces, du moins si on se trouve dans la salle d'audience du Palais de la paix. Mais il semblerait peut-être utile de rappeler que le projet d'articles de la CDI n'est pas un texte d'inspiration destiné à la seule lecture du juge international. Ses dispositions s'adressent avant tout aux États mêmes et c'est à eux d'en extraire toutes ses potentialités afin de protéger aux mieux leurs intérêts. Ainsi convient-il de resituer l'importance de l'institution des garanties pour l'avenir dans un cadre plus large englobant la pratique diplomatique et le volet institutionnel. Pour ce faire nous tenterons de les situer dans la durée et dans un contexte plus varié afin d'en dégager toute leur dimension normative.

Une perspective diachronique du rapport qu'entretiennent les règles secondaires avec les règles primaires met l'accent sur les dynamiques propres au changement dans un système normatif donné. Ayant une finalité *a priori* stabilisatrice de par leur effet conservateur, les garanties de non-répétition (règle secondaire) visent en général à assurer le respect futur des engagements (règle primaire) pris par le passé. Une approche statique ne porterait le regard sur cette relation que d'un point de vue unique, sans prendre en considération la réitération, la récidivité voire la multirécidive. En effet, dès qu'un État lésé a obtenu des assurances formelles par la voie diplomatique qu'un état de fait illicite ne se reproduira pas s'ouvre un temps régénéré – une durée stabilisante à mesure que la confiance se réinstalle. En d'autres termes, il s'agit d'un avenir lié pour reprendre la pensée de François Ost (2.2.1)[133]. Mais supposons un instant que le fauteur de trouble réitère le mal, non une fois, mais moult fois, à chaque fois suivi par des excuses ou autres assurances formelles ; arrivera immanquablement un temps où la partie lésée devra réagir plus fermement, notamment en vue de se délier d'un tel avenir mortifié (2.2.2). À la suite de ces successions de durées discontinues[134] s'ouvriront donc autant de temporalités oscillant entre l'être et le néant normatif. Entre un avenir lié et un avenir délié, les garanties de non-répétition sembleraient bien pouvoir jouer un rôle tout à fait instrumental dans le changement et l'évolution de l'ordre normatif international.

---

[133] Ost, *Le temps du droit*, 157ss.

[134] Sur la notion de durée discontinue, voir : G. Bachelard, *La dialectique de la durée*, Paris, Quadrige, 2006, 91ss.

2.2.1. Un avenir lié

Pour évaluer l'impact des garanties de non-répétition sur le processus normatif encadrant la norme primaire (par hypothèse violée au moins une fois) il faut prendre en compte deux facteurs fondamentaux : le contexte normatif et l'évolution du rapport de confiance. Dans cette optique situationnelle, il convient de distinguer entre la dimension strictement bilatérale et la dimension multilatérale du droit international, sans perdre de vue la nature de la norme primaire. Dans un cadre conventionnel bilatéral, l'État lésé qui exige des garanties pour l'avenir signale à l'État responsable tout son attachement au maintien en vigueur de la norme violée (alors même qu'il pourrait éventuellement s'en délier). Dans le cas d'une norme coutumière, la demande de l'État lésé est autrement plus importante dans la mesure où elle peut aboutir au renforcement d'une coutume réaffirmée, potentiellement rénovée et revitalisée. Dans les deux cas, les garanties pour l'avenir ont un effet nettement conservateur et consolidateur sur la norme. Elles ont aussi pour effet de ralentir le temps, ou plutôt de le rallonger, d'inscrire la norme renforcée dans une durée marquée par une stabilité professée. Par contre, l'État qui est à nouveau victime d'un manquement au droit nonobstant une promesse de non-répétition préalable se retrouve dans une situation autrement plus critique, qui le confronte à deux temps possibles. Soit un temps prométhéen[135], durant lequel les deux États s'accordent à renforcer leur coopération normative afin de créer un cadre plus apte à éviter de nouvelles violations, et qui aboutit à la densification normative par l'aménagement de la norme violée ou par la création de nouvelles normes primaires ; soit un temps de remise en question menant inexorablement au néant normatif. En ce qui concerne le temps prométhéen, les garanties pour l'avenir peuvent à plusieurs égards constituer un outil de négociation diplomatique de poids. Par exemple, lorsqu'un fait internationalement illicite constitue en même temps une violation substantielle d'un traité bilatéral, l'État lésé peut, si l'on veut schématiser : a) ne rien faire, b) invoquer la responsabilité de l'État fautif tout en maintenant le traité en vigueur, ou c) invoquer la responsabilité de l'État fautif et mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie[136]. Dans ce contexte, l'État lésé pourrait exiger de l'État fautif de fournier des garanties pour l'avenir faute de quoi l'engagement conventionnel pourrait être mis à néant. Ce pouvoir de négociation que l'État lésé obtient par le biais de l'institution des garanties pour l'avenir permettrait même d'imaginer la

---

135 Sur la notion de temps prométhéen, voir. F. Ost, « Les multiples temps du droit », in J.-J. Austruy *et al.* (dir.), *Le droit et le futur*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, 130-132.

136 Art. 60, para. 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), adoptée le 23 mai 1969, 115 RTNU 331 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980) en lien avec les conditions procédurales énoncées aux articles 65-68.

création – par la voie consensuelle – de nouvelles obligations primaires venant consolider l'obligation initiale.

Dans le cadre multilatéral, au contraire, le choix entre la possibilité de lier ou de délier l'avenir se trouve souvent restreint par la structure et les valeurs qui sous-tendent les normes primaires. Prenons l'exemple des obligations interdépendantes et des obligations intégrales, telles que conçues par Sir Gerald Fitzmaurice dans ses rapports sur le droit des traités[137]. L'équilibre existant entre les parties dans le cas d'obligations interdépendantes est assez précaire. Ainsi, ces obligations se caractérisent par le fait qu'une violation substantielle par une partie « modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations »[138]. Le recours à des garanties pour l'avenir peut donc s'avérer être un outil de pression diplomatique utile pour forcer le respect au droit, faute de quoi le ou les États lésés pourraient tout simplement faire usage de leur droit de terminer ou suspendre l'engagement initial[139]. Quant aux obligations intégrales, la situation est plus compliquée, dans la mesure où la terminaison des obligations conventionnelles n'est justement pas une option envisageable. Ainsi, dans le cadre des droits de l'homme, aucun État partie à une convention régionale ne veut aboutir au résultat qu'un État « récidiviste » soit exclu et donc libéré du lien conventionnel. Là aussi, le recours à des garanties de non-répétition s'avère être un outil redoutable, non pas en tant qu'outil de pression dans une négociation diplomatique mais dans un cadre institutionnalisé. Ainsi s'explique l'approche créatrice de la Cour IDH qui s'attache à lier toujours davantage l'avenir des États membres dans un réseau normatif – toujours en mouvance et en progression – visant à la protection effective des droits de l'homme. On pourrait y voir un temps irénique, un temps malgré soi, non pas un a-temps, mais plutôt un temps qui se veut éternel – en raison du caractère intangible de certains droits de l'homme – et qui pourtant est constamment mis à mal. Un temps d'alternances, un va-et-vient permanent contraignant le système à avancer à petits pas (temps métamorphique)[140]. Entre-temps, la confiance « générale » de la communauté conventionnelle est constamment ébranlée ; mais elle résiste, elle s'immunise et elle mène au bout du compte à la création de mécanismes de

---

137 G. Fitzmaurice, deuxième rapport, UN doc. A/CN.4/107 (1957), 61, para. 120. Voir également : P.-M. Dupuy, « Bilan général des rencontres de la dimension multilatérales des obligations avec la codification du droit de la responsabilité », in Dupuy (dir.), *Obligations multilatérales*, 228-230.

138 Art. 60, para. 2, alinéa *c)* de la CVDT ; Art. 42, alinéa *b)*, litera *ii)* du projet d'articles de 2001, voir note 7 ci-dessus.

139 L'exemple type est le traité de désarmement, où il est envisageable que les États lésés exigent des mesures pour éviter autant que possible la récidive, notamment des inspections internationales soutenues.

140 Sur la notion de temps métamorphique, voir : Ost, *Le temps du droit*, 193ss.

contrôle qui s'inscrivent dans la durée, afin de promouvoir un avenir meilleur, fût-ce au prix de la contrainte.

2.2.2. Un avenir délié

Et qu'en est-il de celui qui n'a tout simplement plus confiance, celui qui est « au bout du rouleau » pour ainsi dire, et qui veut se délier du rapport juridique l'opposant à l'État responsable ? Comme l'a bien relevé Jean Salmon, le traité peut à bien des égards être perçu comme « une prison dont le(s) cocontractant(s) possède(nt) seul(s) la clef »[141]. Une prison, entendons-nous bien sur l'hypothèse envisagée, au travers de laquelle un État fait constamment l'objet de violations successives et se trouve confronté à un récidiviste chronique. Il s'agit d'un temps infernal, d'un temps éventuellement mort, le temps d'un Prométhée enchaîné. Nous avons vu que l'État qui est victime d'une violation substantielle d'un traité bilatéral peut s'en délier aux conditions prévues par le droit des traités. Par contre, cette possibilité n'est pas ouverte à cet État lorsque le manquement au droit ne constitue pas une « violation substantielle » au sens de la Convention de Vienne de 1969[142], l'enchaînant ainsi dans un lien conventionnel protégé du coup du seul droit de la responsabilité mais démuni de toutes armes du droit des traités[143].

---

[141] Salmon, « Changements et droit international public », 432. Alain Pellet utilise à cet égard le terme de « piège à volonté ». Voir A. Pellet, « *Lotus* que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, 218.

[142] Le Rapporteur Spécial, Sir Gerald Fitzmaurice, mit la barre très haut lorsqu'il expliqua que « pour qu'une partie soit en droit de mettre fin à l'ensemble d'un traité, il faut qu'il s'agisse d'une violation qui, par sa nature, aboutisse pratiquement à ce résultat. Elle doit être à tel point incompatible avec les relations conventionnelles établies entre les parties qu'elle équivaut à une répudiation du traité ». Fitzmaurice, deuxième rapport, para. 116.

[143] Du fait du « monopole normatif » de la CVDT en matière de causes d'invalidité, d'extinction et de retrait, cf. P.-M. Dupuy, « Droit des traités, codification et responsabilité internationale », *Annuaire Français de Droit International*, 43, 1997, 15. En ce qui concerne le débat autour de l'*exceptio inadimpleti contractus*, voir : G. Fitzmaurice, quatrième rapport, UN doc. A/CN.4/120 (1959), 47 ; B. Simma, « Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Its Background in General International Law », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 20, 1970, 5-83 ; J. Crawford, deuxième rapport, UN doc. A/CN.4/498/Add.2 (1999), 43-52 ; J. Crawford, S. Olleson, « The Exception of Non-Performance : Links between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility », *Australian Yearbook of International Law*, 21, 2000, 55-74 ; B. Simma, C. Tams, « Article 60 », in O. Corten, Pierre Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1351-1378 ; B. Simma, « Reciprocity », in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VIII, Oxford, Oxford University Press, 2012, 651-656. Voir également l'opinion séparée du juge Simma dans l'affaire de l'*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995*, bien que nous ne partageons

Il semblerait que cette hypothèse, bien qu'essentiellement académique, suscite de nombreuses interrogations auxquelles il est malaisé de répondre de façon claire et catégorique.

James Crawford avait soulevé la question de savoir quelles pouvaient être les conséquences d'une violation répétée d'une norme primaire lorsque des garanties pour l'avenir avaient été données[144]. Il affirma comme hypothèse possible le fait que la violation de l'obligation accessoire (impliquant une nouvelle violation de l'obligation principale) puisse être analysée comme un facteur aggravant. Il relativisa toutefois son propos en ajoutant qu'une violation répétée d'une obligation primaire constituait de toute manière une circonstance aggravante. On pourrait éventuellement penser à des situations où certaines circonstances aggravantes déclenchent un processus institutionnalisé pouvant aboutir à des mesures coercitives et afflictives. Mais dans le seul cadre du droit commun de la responsabilité internationale, la notion de circonstance aggravante est d'un usage malaisé notamment en raison du fait que le principe de la *restitutio in integrum* marque une double limite, dont l'aspect négatif exclut tout recours aux dommages punitifs[145]. Dans les cas où la voie du contentieux de la légalité est ouverte, il est concevable que le regard accru du juge international dans l'ordre juridique interne de l'État responsable devienne progressivement plus intrusif au travers du jeu des garanties pour l'avenir, ce qui ne manque d'ailleurs pas d'inquiéter certains observateurs. Par contre, au niveau du droit des traités, il semble douteux qu'une violation – qui ne constituait pas une violation substantielle dès le départ – puisse se transformer en violation substantielle du simple fait d'avoir été répétée, nonobstant la présence d'une violation simultanée de l'obligation de non-répétition. Ainsi, d'un temps fermé par la promesse de non-répétition on passe à un temps enfermé, un temps tendu, menant au conflit, et aboutissant par le jeu de la réciprocité dans un temps proprement anarchique.

---

pas son avis selon lequel les règles du droit des traités sont à ranger parmi les règles primaires et non les règles secondaires. En effet, les règles secondaires ne se limitent pas aux règles du droit de la responsabilité (*rules of adjudication*), mais comprennent toute une panoplie d'autres règles, dont les règles sur le changement pour reprendre la terminologie de H.L.A. Hart.

144 Crawford, troisième rapport, para. 58.

145 Voir le commentaire du projet d'articles, note 65 ci-dessus, 289, para. 8 et 300, para. 5. Voir aussi : S. Wittich, « Awe of the Gods and Fear of the Priests : Punitive Damages in the Law of State Responsibility », *Austrian Review of International and European Law*, 3, 1998, 101-157 ; du même auteur, « Punitive Damages », in Crawford, Pellet, Olleson, *The Law of International Responsibility*, 667-675 ; J. Verhoeven, « Considérations sur ce qui est commun : Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 334, 2002, 213-214 ; Dupuy, « Bilan général », 220-221.

3. Conclusion

Les garanties pour l'avenir s'inscrivent dans des temporalités qui sont vastes et variées. Par-delà la tension entre continuité et discontinuité, entre certitude et incertitude, elles s'inscrivent nettement dans la volonté de maîtriser le futur. L'obligation d'offrir des assurances et garanties de non-répétition a un effet doublement novateur. Elle enrichit le droit de la responsabilité d'une nouvelle dimension temporelle d'un usage pourtant encore malaisé par le juge international. Elle contribue aussi dans l'ébauche d'un système de responsabilité internationale servant comme « instrument normatif déterminant pour la défense de la légalité »[146]. La dimension proprement normative du droit de la responsabilité transparaît au travers d'un contentieux de la légalité qui achève de placer la responsabilité au cœur de l'ordre juridique international si cher à Pierre-Marie Dupuy. « Non seulement épicentre de tout ordre juridique, la responsabilité partage ainsi avec l'œil du cyclone la dynamique de sa complexité »[147].

[146] Dupuy & Kerbrat, *Droit international public*, 553.
[147] Dupuy, « Responsabilité », 1347.

CHAPTER TWENTY-SIX

THE REPRESENTATION OF THE "MAIN FORMS OF CIVILIZATION" AND OF THE "PRINCIPAL LEGAL SYSTEMS OF THE WORLD" IN THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Bardo Fassbender*

I. Introduction

Two provisions of the Statute of the International Court of Justice (ICJ Statute) deal with the qualifications of judges of the Court. In Article 2, individual qualifications are spelt out which relate both to the moral or ethical quality of a person and to his or her professional competence: The judges shall be "persons of high moral character, who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to the highest judicial offices, or are jurisconsults of recognized competence in international law". Article 9, on the other hand, is concerned with the composition of the entire Court—"the body as a whole"—resulting from the election of persons each of whom has the qualifications mentioned in Article 2: "[T]he electors", Article 9 explains, "shall bear in mind not only that the persons to be elected should individually possess the qualifications required", i.e., the qualifications set out in Article 2 of the ICJ Statute, "but also that in the body as a whole the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world should be assured". In the French version of the text, the respective term is "la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde".

While Article 2 is mainly addressed to the national groups which nominate the candidates in accordance with the procedure provided for in Articles 4 to 6, Article 9 is mainly directed to "the electors", i.e. the members of the General Assembly and the Security Council who elect the members of the Court. Having before them a list of persons who all possess the individual qualifications specified in Article 2, the electors are called upon to make their choices in a way that in the end the Court as a whole is representing "the main forms of civilization" and "the principal legal systems of the world". In other words, the drafters of the

* Professor of International Law, European Law and Public Law at the University of St. Gallen, Switzerland.

Statute expected that the national groups would nominate candidates from "their respective countries" (Article 2), that is candidates usually shaped by a particular "civilization" and educated in a particular "legal system". In comparison, the General Assembly and the Security Council are supposed to take into consideration the universal vocation and responsibility of the ICJ, and its quality as a principal organ of the United Nations (Article 7, para. 1 of the UN Charter) which shall contribute to the pacific settlement of international disputes wherever they arise (see Article 33 of the UN Charter). The members of the General Assembly and the Security Council are thus meant to vote in favour of or against individual candidates with a view to the final outcome—a composition of the Court ensuring the best possible performance of the Court.

2. Article 9 as a Manifestation of Power Politics

Since they were introduced into the Statute of the Permanent Court of International Justice (PCIJ Statute) in 1920,[1] the exact meaning of the two terms used in Article 9, "the main forms of civilization [...] of the world" ("les grandes formes de civilisation [...] du monde") and "the principal legal systems of the world" ("les principaux systèmes juridiques du monde"), has never been clear.[2] The formula used in the PCIJ Statute can be traced to Article 1 of the Draft Convention Relative to the Creation of a Judicial Arbitration Court of 1907, according to which this court should be composed of "judges representing the various juridical systems of the world" ("des juges représentant les divers systèmes juridiques du monde").[3]

In 1920, the combination of the two phrases "main forms of civilization" and "principal legal systems of the world" was meant to solve the problem of how the principle of equality of States could be reconciled with the wish of the "Great Powers" to be always represented on the Court. It was understood that this phrase, in combination with the system of elections (Article 10), would naturally

---

[1] As proposed by the Committee of Jurists, the San Francisco Conference decided in 1945 to retain, in the ICJ Statute, Art. 9 of the PCIJ Statute—some minor changes of the formulation notwithstanding. See Statute of the Permanent Court of International Justice with Draft Statute proposed by Committee of Jurists, 20 April 1945, *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945*, vol. XIV, Londres/New York, United Nations Information Organizations, 801.

[2] See also "Etude des amendements à apporter au Statut de la Cour internationale de Justice, Rapport présenté par M. Max Huber", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 45, 1954-I, 413ff.

[3] See B. Fassbender, "Commentary on Article 9", in A. Zimmermann *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd edn., Oxford, Oxford University Press, 2012, 295ff.

give a permanent seat to the States recognized as Great Powers after World War I, i.e., France, Great Britain, Italy, Japan, and the United States of America. As "Principal Allied and Associated Powers", the same States had been granted permanent seats in the Council of the League of Nations a year earlier. While the difficulty of interpreting the phrases was admitted, no effort was made to agree on a definition. Such a definition was also deemed undesirable because it would have reduced the flexibility inherent in the combined phrases, and unnecessary because the rule expressed in Article 9 of the Statute was not meant to be enforceable by legal means.

At the time of its formulation in 1920, Article 9 of the Statute was the outcome of power politics. It was a compromise between the "Great Powers" and the smaller States of the time about how the judges of a permanent international court with a broad jurisdiction should be chosen. The underlying assumption (which, by the way, is still today shared by most governments) was that a State which had one of its own nationals on the Court would be in a better position to see its interests protected in the future work of the Court than a State not so represented.[4] It was also assumed that a presence of judges nominated by the "Great Powers" would guarantee those Powers collectively a decisive influence on the Court and, thus, on its decisions in the postwar era.

The "Great Powers" read Article 9 as an acknowledgement of their claim to a (permanent) representation, through their nationals, on the Court. Such a representation could not be justified on the basis of the principle of equality of States, a principle which was not only the generally accepted foundation of the international legal order but by necessity also had to be the fundamental working principle of any international court. For that reason, the claim of the "Great Powers" could only find expression in a phrase as cautious and open to different interpretations as that used in Article 9. In the view of the Great Powers, Article 9 constituted an exception to the principle of equality, similar to Article 4 of the Covenant of the League of Nations which, more openly and directly, assured a permanent membership of the "Principal Allied and Associated Powers" in the Council of the League. On the other hand, the smaller States could read the article as aiming at a world court with a bench as inclusive and representative as possible—in other words, a court which would not be a sort of judicial directorate of the most powerful States. In addition, Article 31, paras. 2 and 3 of the

[4] As an expression of this rationale, see also Art. 31 of the Statute on the judges *ad hoc*. In that context, E. Lauterpacht remarked that "the belief in the virtue of 'having someone on the tribunal' [is] so deeply engrained in State thinking that the abolition of the system is unlikely". E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge, Grotius Publications, 1991, 79.

Statute, entitling a party to a case before the Court to choose a judge *ad hoc*, was a concession to the smaller States reaffirming their equal status.

The interpretation which Article 9 originally was given by the "Great Powers" has governed the application of the article until today. As was true for the permanent members of the League of Nations Council at the time of the PCIJ, the five permanent members of the Security Council have always been represented in the ICJ by a judge of their nationality.[5]

3. "Principal Legal Systems of the World"

Of the two terms, the second is easier to explain than the first. In 1920, the "principal legal systems of the world" were the common law systems, based fundamentally on English common law, on the one hand, and the civil law systems, based on Roman civil law, on the other. The first group comprised the laws of most of the English-speaking parts of the world originally colonized by Great Britain, including notably the United States of America, Canada, Australia, and New Zealand.[6] The laws of various other British dominions and dependent territories of the time, notably South Africa and Rhodesia, had been influenced by English common law but were not common law systems in the full sense. The second group, the civil law systems, consisted of those legal orders which developed mainly in Western Europe in the countries in which concepts and principles drawn from Roman law have had powerful influence.[7] Most of continental Europe adhering to the civil law system, that system spread with colonization from Europe to Latin America, Asia and Africa, and to countries which remodelled their law in the nineteenth and twentieth centuries on Western lines, such as Thailand, Turkey, Ethiopia, and Japan.

By 1945, in addition to these two principal legal systems possibly a third one had arisen in Soviet Russia and the countries dependent on it, namely Marxist or socialist law.[8] In 1946, nationals of the USSR, Poland and Yugoslavia were elected as judges of the ICJ.

Later in the twentieth century, Islamic law gained, or rather regained, universal importance as a result of a process sometimes referred to as "Islamic reassertion".[9]

---

[5] With the exception of China. See note 41 below.

[6] See D.M. Walker, "Common law systems", in D.M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 253ff.

[7] See Walker, "Common Law Systems", 222ff., and J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2nd ed., Stanford, Stanford University Press, 1985.

[8] See R. David & C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10th edn., Paris, Dalloz, 1992, Partie 2: "Les droits socialistes".

[9] See P. Mansfield, *A History of the Middle East*, New York, Viking, 1991, 322ff., and A. Hourani, *A History of the Arab Peoples*, Cambridge, MA, Belknap Press of Harvard University Press, 1991, 434ff., and 447ff.

A branch of Muslim theology, Islamic law has a wider application than any secular system of law because it claims to regulate all aspects of a Muslim's life, his or her duties to God, to neighbours and to him- or herself.[10] A number of States affirm in their constitutions adherence to Islamic law, but in most of these countries bodies of secular law exist as well, some of them belonging to the civil law family, others to the socialist legal system. In 1969, the Organization of the Islamic Conference (OIC) was founded in Rabat as an inter-governmental organization of Islamic States.[11] Today, it has 57 members.

In the UN General Assembly, it was occasionally suggested that it would be preferable to speak of "legal cultures" instead of the "principal legal systems", since the old dichotomy of the Anglo-Saxon and Roman systems had been superseded in a part of the Western hemisphere with the emergence of an independent Latin American culture which had made far-reaching contributions to international law.[12] In academic writing, "legal traditions" also has become a common notion.[13]

The representation of the 'principal legal systems of the world' envisaged by the drafters of the PCIJ Statute was not an end in itself. Its purpose was to ensure that the Court would be equipped with the legal expertise necessary for the performance of its functions. In particular, it was felt that the jurisprudence of the new international court should be inspired by ideas and concepts developed in the various domestic legal orders of the individual members of the community of States. One important avenue on which these ideas and concepts were meant to enter public international law was the third source of international law to be applied by the Court listed in Article 38, para. 1 of the Statute, the "general principles of law recognized by civilized nations". However, with the rapid growth of the body of treaty law, especially so-called law-making treaties, and the rise of international law produced by the organs of international organizations in the decades since 1945, the importance of domestic law for the construction and interpretation of international law has decreased. In addition, the common and the civil law systems have come closer to one another in recent times (a development which can be expected to accelerate in an intensified process of globalization), and the socialist system of law has virtually disappeared with the fall of the Soviet Union and the gradual transition of the People's Republic of China towards a free market economy. Accordingly, today a proper functioning of the Court depends much more on its judges having a strong competence in public international

---

[10] See D.M. Walker, "Islamic law", in Walker, *The Oxford Companion to Law*, 650ff., and David & Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 367–392 ("*Le droit musulman*").

[11] See Y. Ben Achour, *Le rôle des civilisations dans le système international: droit et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 175–184.

[12] See S. Rosenne, "The Composition of the Court", in L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, vol. 1, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 1976, 384ff.

[13] See, e.g., H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 4th edn., Oxford, Oxford University Press, 2010.

law (as emphasized in Article 2 of the Statute) than their coming from different domestic legal environments.[14] It is certainly true that every judge "retain[s] some trace of his legal education and his former legal activities in his country of origin", as Judge Carneiro said in his dissenting opinion in the *Anglo-Iranian Oil Co* case,[15] but the influence of that education on the application of international law by a member of an international court is, and should be, limited.

4. "Main Forms of Civilization of the World"

The word "civilization" is defined by the *Oxford English Dictionary* as "civilized condition or state; a developed or advanced state of human society; a particular stage or a particular type of this".[16] "Civilization" is contrasted with "barbarity" or "barbarism". Characteristic usages include the following: "ancient civilizations", "Christian civilization", "Western civilization", "Egyptian civilization". It is difficult enough to say what exactly constitutes a "civilization" in the contemporary world,[17] but it is impossible objectively to determine which of these belong to the "*main forms* of civilization of the world" ("*les grandes formes* de civilisation du monde"),[18] as such a classification inevitably follows from a judgment based on personal values and beliefs.[19] In 1920, the reference to "the main forms of civilization" was probably introduced into the PCIJ Statute as an addition to the 1907 expression of the "various juridical systems of the world"[20] in order to ensure that there would be, for instance, a French *and* an Italian judge on the bench, and not just one person representing the civil law systems, or an English *and* an American judge, instead of only one judge representing the common law systems.

In 1920, and perhaps also still in 1945, there was agreement about the existence of a "*civilisation française*", or a "*civiltà italiana*". But in the culturally diverse and pluralist international society of today, with its many overlapping influences, one can no longer distinguish particular civilizations in the way it was possible in the past on the basis of a fundamentally Eurocentric view of the world.

---

[14] In contrast, it can be argued that in the present state of international criminal law it is necessary to ensure the presence of judges in the ICC representing the principal systems of criminal law of the world. For the text of Art. 36, para. 8 of the ICC Statute, see text below at note 31.

[15] ICJ, *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom/Iran)*, Diss. Op. Carneiro, ICJ Reports 1952, para. 14.

[16] *The Oxford English Dictionary*, 2nd edn., vol. 3, Oxford, Clarendon Press, 1989, 257. See also *The Columbia Encyclopedia*, 5th ed., New York, Columbia University Press, 1993, 565: "culture with a relatively high degree of elaboration and technical development".

[17] For a discussion of different concepts, see Achour, *Le rôle des civilisations*, 1–13.

[18] Emphasis added.

[19] The possibility of a "hierarchy of civilizations" is also rejected by Ben Achour, *Le rôle des civilisations*, 13–18.

[20] See text accompanying note 3 above.

In his article "The Clash of Civilizations?" of 1993,[21] later published in an extended version as a book,[22] Professor Huntington distinguished the following eight civilizations: the Western civilization (mainly sustained by Europe and the United States), the Confucian civilization (mainly represented by China), the Japanese civilization, the Islamic civilization, the civilization of Hinduism, the Slavic-orthodox civilization, the Latin American civilization and, albeit with a question mark, the African civilization. Huntington's antagonistic scheme of a world divided in hostile cultural and ethnic groups is at variance with the UN Charter's belief in the possibility of a peaceful coexistence and cooperation of the peoples constituting humankind.[23] His grand design is also not free from arbitrariness. The distinguishing feature which is most clearly recognizable is that of religion—a criterion that cannot decisively determine the composition of the ICJ as a secular international court. As a principal organ of the United Nations, the Court is committed to tolerance (preamble of the Charter) and "respect for human rights [...] for all without distinction as to [...] religion" (Article 1, para. 3 UN Charter). Therefore, a consideration of religious beliefs of candidates for a judgeship would require a candidate's readiness, to use the words of the preamble of the Charter, "to practise tolerance and live together in peace with one another" in a spirit of sincere respect for other religions and also agnostic convictions.

In his thoughtful study of the role of civilizations in the international system, Professor Ben Achour has drawn attention to the importance of language for the organization of international relations on the basis of "civilisational criteria".[24] A commonality of language is reflected in organizations and institutions:[25]

> Les langues jouent un rôle important dans la structuration des relations internationales, c'est-à-dire dans la constitution des groupes ou réseaux de solidarité linguistique, exerçant des fonctions qui dépassent largement le cadre linguistique et culturel, pour se transporter sur le terrain politique et diplomatique.[26]

As such groups, the author names the Commonwealth, the Organization of Ibero-American States for Education, Science and Culture (OEI), the Community of the Countries of Portuguese Language (CPLP), the *Organisation internationale de la francophonie* (OIF), the Latin Union (*l'Union latine*) founded by the Madrid Convention of 1954, and the League of Arab States.

What makes the notion of civilization particularly problematic in the contemporary international legal order is the implied idea of a grading, or classification,

---

21 S.P. Huntington, "The Clash of Civilizations?", *Foreign Affairs*, 72, 1993, 22–49.

22 S.P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996.

23 For a more balanced view of conflict and friction between civilizations, see Achour, *Le rôle des civilisations*, 51ff. and 221ff.

24 See Achour, *Le rôle des civilisations*, 165ff.

25 *Ibid*., 184ff.

26 *Ibid*., 184.

of cultures, which finds expression in the term "the *main* forms of civilization" ("les *grandes* formes de civilisation"). Such an idea cannot be reconciled with the principle of legal equality of nations and States, which is a cornerstone of the UN Charter (see, in particular, the preamble and Art. 1, para. 2, Art. 2, para. 1, and Art. 55).[27] For these reasons, the phrase "main forms of civilization of the world" today has significance (only) as a metaphor for cultural diversity broadly understood.[28]

The phrase "the representation of the main forms of civilization" was not included in the provision of the ICC Statute on the selection of judges adopted by the Rome Conference of 1998. Instead, the Conference expressly mentioned the criterion of an "equitable geographical representation",[29] which in practice also governs the choice of judges of the ICJ.[30] In doing so, it followed the example of the UN Conference on the Law of the Sea which determined, in 1982, that in the International Tribunal for the Law of the Sea as a whole "the representation of the principal legal systems of the world *and equitable geographical distribution* shall be assured".[31] By necessity, such a geographical representation also means that diverse cultures are represented. Article 36, para. 8 of the Rome Statute of the ICC reads as follows:

> (a) The States Parties shall, in the selection of judges, take into account the need, within the membership of the Court, for:
> (i) The representation of the principal legal systems of the world;
> (ii) Equitable geographical representation; and
> (iii) A fair representation of female and male judges.
> (b) States Parties shall also take into account the need to include judges with legal expertise on special issues, including, but not limited to, violence against women or children.

In contrast, a reference to a representation of civilizations was retained not only in the Statute of the International Law Commission (Article 8 of the ILC Statute being virtually identical to Article 9 of the ICJ Statute) but also in provisions of universal human rights treaties on the composition of the respective expert bodies ("committees"). Article 8, para. 1 of the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination, for instance, provides that, when electing

---

[27] For a commentary on Art. 2, para. 1 of the UN Charter, see B. Fassbender, in B. Simma *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd edn., Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 1, 133ff.

[28] See sec. 7 below.

[29] For an analysis of the application of the principle of equitable distribution in the Rome Statute, see W.J. Aceves, "Critical Jurisprudence and International Legal Scholarship: A Study of Equitable Distribution", *Columbia Journal of Transnational Law*, 39, 2001, 374ff.

[30] See Fassbender, "Commentary on Article 9", 302ff.

[31] See Art. 2, para. 2 of the Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea, Annex VI to the UN Convention on the Law of the Sea (emphasis added).

the members of the Committee, States Parties shall give consideration "to equitable geographical distribution and to the representation of the *different forms of civilization* as well as of the principal legal systems".[32]

5. Other Criteria Relevant to the Composition of the Court as a Whole

For the composition of the Court as a whole, Article 9 of the ICJ Statute only mentions the two criteria of a "representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world". However, Article 9 does not prevent the electors from bearing in mind, or taking into consideration, other criteria. The provision does not establish a *numerus clausus* of facts or concerns which the electors may keep in mind in deciding about the composition of the Court, provided that those facts or concerns can reasonably be said to promote the best possible performance of the Court's functions. Indeed, this author understands Article 9 as an appeal for a broad representativeness of the Court, of which the criteria mentioned in Article 9 are only elements or aspects.[33]

Accordingly, the electors may apply, as they do in practice, the criterion of an equitable representation of regions along the lines of the regional groups in the United Nations.[34] They may also consider the desirability of having on the Court nationals of certain powerful States or States which, as permanent members of the Security Council, bear special responsibility for the maintenance of international peace and security.[35]

According to Article 8 UN Charter, the United Nations "shall place no restrictions on the eligibility of men and women to participate in any capacity and under conditions of equality in its principal and subsidiary organs". Having regard to that provision, and also to the preamble and Art. 1, para. 3, Art. 13, para. 1 (b) and Art. 55 of the Charter, the electors are called upon to bear in mind that in the Court as a whole a fair representation of men and women is assured.[36]

---

[32] Emphasis added. See also Art. 17, para. 1 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. But see Art. 28, para. 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Art. 17, para. 1 of the 1984 Convention against Torture, and Art. 43, para. 2 of the 1989 Convention on the Rights of the Child.

[33] See sec. 7 below.

[34] See Fassbender, "Commentary on Article 9", 303ff.

[35] For the respective practice, see *ibid.*, 302. For a critical assessment, see C.F. Amerasinghe, "Judges of the International Court of Justice—Election and Qualifications", *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, 346 and 348.

[36] In December 2006, the Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes of the International Law Association (American Branch) recommended, *inter alia*, that "the number of female Members of the Court should be increased. States should nominate an adequate number of women, and, when voting for candidates in elections, they should take into consideration the need to ensure that the Court does not represent

Quasi-universal support of this proposition is expressed in Article 36, para. 8 (a) (iii) of the Rome Statute of the ICC.

It goes without saying that the mentioned provisions of the UN Charter prohibit the electors making discriminatory distinctions as to race, sex, language or religion.

6. The Substance of the Obligation Expressed in Article 9 of the ICJ Statute

Article 9 of the ICJ Statute imposes on the electors the obligation to 'bear in mind' ('avoir en vue') first that the persons to be elected individually possess the qualifications stated in Article 2, and secondly, that the Court as a whole should represent the main forms of civilization and the principal legal systems of the world. The provision expresses a reminder, or admonition, of the members of the electoral organs. It demands that the mentioned criteria or concerns (but not necessarily only those) are duly taken into consideration by the members of the General Assembly and the Security Council when they elect the judges. The provision does not require or guarantee a particular result of those elections. In other words, Article 9 does not restrict the electoral freedom of the Assembly and the Council.[37] It may be added that the 1998 Rome Statute of the ICC followed the example of the ICJ Statute when it determined, in Article 36, para. 8 (a), that "[t]he States Parties shall, in the selection of judges, *take into account*" certain criteria or concerns.[38] For the reasons set out above (sec. 3), the criterion of the "main forms of civilization" today must be read as "cultural diversity".

The electors would only contravene the provision if they decidedly and clearly ignored the goals stated in Article 9. But even in that unlikely case, an election of judges cannot be challenged in a legal procedure. Neither the UN Charter nor the Statute provide for a procedure in which a member of the UN or a party to the Statute could claim that a person was elected as a judge in violation of Articles 2 or 9 of the Statute. Indeed, violations of the procedural rules of Articles 4–8 and 10–14 of the Statute also cannot be challenged by means of judicial proceedings. According to Article 18, para. 1 of the Statute, a member of the Court

---

only the main forms of civilization and legal systems, but also that it represents both genders. [...] This 'reform' can be achieved through declarations by the General Assembly and the Security Council to be issued at the time of elections. Alternatively, a stricter requirement might be introduced by modifying Article 9 of the Statute." See ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes, "Reforming the United Nations: What About the International Court of Justice?", *Chinese Journal of International Law*, 5, 2006, 40.

37 For an interpretation of Art. 9 of the PCIJ Statute to this effect ('une obligation morale'), see Fassbender, "Commentary on Article 9", 298.

38 Emphasis added.

can only be dismissed if, in the unanimous opinion of the other members, he or she "has ceased to fulfil the required conditions". The conditions referred to by Article 18 are the individual qualifications of a judge stated in Articles 2 and 16 of the Statute.[39] It is clear that an individual member of the Court cannot cease to fulfil the goal expressed in Article 9 that the Court *as a whole* represents the main forms of civilization and the principal legal systems of the world. From this it follows that the procedure of Article 18 of the Statute is not available in order to assure the representative character of the Court called for in Article 9. Accordingly, Professor Rosenne's interpretation of Article 2 also applies to Article 9:

> [The article] neither imposes nor does it intend to impose any enforceable bar or disqualification upon persons once elected. If and to the extent that this provision is executory, it is addressed to the nominators and to the electors, and it is usual for the President of the General Assembly to bring it to the attention of the representatives when they are proceeding to the election of members of the Court. No person duly elected can subsequently be disqualified as a member of the Court because of not complying with the terms of this Article.[40]

On the other hand, Article 9 does not confer on any particular State or region a right that one of its nationals be elected as a judge. It is a custom or tradition, reflecting the interpretation of Article 9 by the Great Powers at the time of its inception in 1920 and the application of the article in the era of the League of Nations, that ever since 1946 nationals of the five permanent members of the UN Security Council have been members of the Court,[41] but as a matter of law the electors could abandon that practice any time.[42]

Professor Rosenne has taken the view that Articles 2 and 9 of the Statute establish "a double general criterion" for the election of judges, namely "professional qualification (Article 2) and political qualification, included in the conception of representation of the principal legal systems of the world (Article 9)", and that in the case of inconsistent results of an application of the two criteria, "the

---

[39] In the French version, Arts. 9 and 18, para. 1 both use the same phrase "conditions requises".

[40] S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920–2005*, vol. I, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 358.

[41] With the exception regarding China. From 1967 to 1985 there was no member of the Court of Chinese nationality. This was due to the political struggle about the recognition of the People's Republic of China and China's representation in the United Nations. See Fassbender, "Commentary on Article 9", 302.

[42] See also H. Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, New York, F.A. Praeger, 1950, 473 ('political claim'); E. McWhinney, "Law, Politics and 'Regionalism' in the Nomination and Election of World Court Judges", *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, 13, 1986, 17; and H. Mosler & K. Oellers-Frahm, "Commentary on Article 92", in B. Simma *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, 1161 ("no legal rule to this effect [election of a national of each of the five permanent members] exists").

desideratum of Article 9 appears as the postulated primary objective".[43] The present author cannot agree with this interpretation. Apart from the fact that the term 'political qualification' misrepresents the meaning of Article 9, there is no indication in the Statute that it attaches greater importance to the criteria mentioned in Article 9 than to those stated in Article 2. On the contrary, the prominent place of the latter rule in the Statute suggests that the parties to the Statute wanted to assure, in the first place, that the judges as individuals are persons of "high moral character" and "recognized legal competence".[44] The ICJ is the "principal judicial organ of the United Nations" (Article 92 UN Charter). It constitutes, for the international community, the embodiment of the judicial function.[45] The judges of the ICJ hold an international office. They owe allegiance only to the international community and its values and goals as expressed in the UN Charter. Accordingly, in the exercise of their functions, the personal qualification of judges matters more than their cultural or geographical background.[46] *Mutatis mutandis*, Article 101, para. 3 of the UN Charter, regulating the employment of the staff of the United Nations, also applies to the election of judges of the ICJ: "The paramount consideration [...] shall be the necessity of securing the highest standards of efficiency, competence, and integrity", while "due regard shall be paid" to the importance of recruiting the persons in question "on as wide a geographical basis as possible".

---

[43] Rosenne, *Law and Practice*, vol. I, 361.

[44] This is also the view taken by the *Institut de droit international* in its resolution "Study of the amendments to be made in the Statute of the ICJ" of 26 April 1954. Art. 1 of the resolution reads as follows: "Without prejudice to the need for maintaining a certain geographical representation within the International Court of Justice, as provided for in Article 9 of the Statute, judges of the Court should be elected *primarily* on the basis of their personal qualifications in accordance with Article 2. In the event of the Statute being revised, a clarification covering this point could usefully be added to Article 9." *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 45, 1954-II, 296–297 (emphasis added). See also G. Abi-Saab, "Substantive Requirements, or The Portrait of the Jurist as an International Judge", in C. Peck/R.S. Lee (eds.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice: Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court*, The Hague/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, 182ff.

[45] C. Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 281, 1999, 413.

[46] To that end, Art. 2 of the ICJ Statute also requires that there is a sufficient number of candidates from which to choose judges according to their personal merits and qualities. But the system of geographical distribution of seats on the Court, with the regional groups trying to agree on a common candidate, "reduces enormously the number of candidates, [...] eliminating, in some cases, all possibilities of choice". Abi-Saab, "Substantive Requirements", 178. See also Rosenne, "The Composition of the Court", 427: the General Assembly "now has little more to do than endorse decisions reached by the 'groups' through their own processes".

In the eyes of an eminent observer, reality confirms this precedence of personality over geographical origins:

> The Court is a collegial body of strong personalities, usually with high academic and professional legal qualifications, and, on all the empirical evidence, they interact among each other with the cross-currents in their legal education and professional formation operating to produce collegial decision-making that transcends conventional political-ideological, ethno-cultural, and legal-systemic divisions.[47]

Professor McWhinney also pointed to an "increasing homogenisation of the legal élite across the old national frontiers" in an era characterized by "the exchange of culture and ideas on a trans-national basis through vastly facilitated personal contacts and access to the printed and spoken word".

> The concept of the 'Global Village', applied to legal learning and legal culture [...] operates as an internationalising, universalising force, and as a corrective to any exaggerated deference to the cultural-ideological particularity of legal institutions, processes, and substantive rules, too literally or too rigidly applied in an era of widespread interaction and interchange between different peoples and different cultures.[48]

Moreover, electing persons from different regions, or persons educated in different legal systems, along the rigid lines of the distribution of seats in the Security Council is not the only, and perhaps not even the best, way to assure the representativeness of the Court which Article 9 is aiming at.[49] Without a doubt, a Court made up of individuals narrow-mindedly thinking and deciding only in terms of their respective geographical or legal background, and regarding it as their principal responsibility to defend the interests of their particular "constituency", would run counter to the objective of the article. For the Court to be representative, it is not so important to ask from which particular place judges come, but from where they come mentally or intellectually. This is even more true in the contemporary world in which educational and professional biographies are much more varied than in the past. The purpose of Article 9 can only be achieved if each judge sitting on the Court is herself or himself aware of the cultural and "civilizational" diversity of the international community in the twenty-first century, and the different legal perspectives on contentious issues arising therefrom.

---

47 E. McWhinney, *The International Court of Justice and the Western Tradition of International Law: The Paul Martin Lectures in International Relations and Law*, Dordrecht/Boston/Hingham, MA, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, 138.

48 *Ibid.*, 151ff.

49 See also L. Gross, "Compulsory Jurisdiction Under the Optional Clause: History and Practice", in L. Fisler Damrosch (ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, Dobbs Ferry, Transnational Publishers, 1987, 35: "It is no recommendation for the impartiality and integrity of the Court that it should be composed in the same fashion as the most politicized of the political organs of the United Nations". Gross suggested linking the election of judges with acceptance of the Optional Clause (Art. 36, para. 2 of the ICJ Statute) by their respective States.

As Professor McWhinney remarked, we live "in an era of transition in international society"

> from an original, ethnoculturally and ideologically more-or-less homogeneous, largely Western European . . . legal 'special community', from which the older, 'classical' international law largely stemmed and whose interests it so largely reflected, to a far more genuinely inclusive, world community based on a plurality of different cultures and ideologies.[50]

The judges of the ICJ need to recognize, and give practical importance to, this new reality if the Court is to retain its significance in the international order. To use an expression coined by Professor Onuma, the judges must be able to see and apply international law and its context in a "transcivilizational perspective":

> A transcivilizational perspective is a perspective from which we see, sense, recognize, interpret, assess, and seek to propose solutions to ideas, activities, phenomena and problems transcending national boundaries, by developing a cognitive and evaluative framework based on the recognition of a plurality of civilizations and cultures that have long existed in human history.[51]

The "directive" of Article 9 is not only addressed to the electors, but indirectly also to "those responsible for nominating candidates"[52] (see Articles 4–6) because "the efficacy of the electoral system to achieve that end [of Article 9] depends not solely, or even primarily, upon the method by which the balloting is conducted, but upon the supply of duly qualified candidates".[53] The personal qualification of candidates for a seat on the Court as set forth in Article 2 of the Statute, which must already be taken into consideration at the stage of nominations by the national groups, includes their ability duly to take into account considerations of cultural diversity, broadly understood, as outlined above.

Sir Robert Jennings directed our attention to the fact that the importance of Article 9 reaches beyond the question of how the Court is composed to its working methods:

> The rules of its internal methods of work in fact are based on an assumption that all judges have a collegiate responsibility to the Court as a whole; and that each judge is responsible for the Court's judgment, whether or not he proposes to make a separate or dissenting opinion. . . . That this collegiate responsibility involving every member of the Court is clearly an important enhancement of the judgment's authority is obvious.[54]

---

[50] McWhinney, *The ICJ and the Western Tradition*, 26.

[51] Y. Onuma, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 81.

[52] Rosenne, *Law and Practice*, vol. I, 360.

[53] *Ibid.*, 362.

[54] Sir R.Y. Jennings, "The Collegiate Responsibility and Authority of the International Court of Justice", in Y. Dinstein & M. Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff

It is therefore justified to say that the provisions of Article 9 must be taken into consideration whenever the ICJ's working methods are assessed. While the traditional procedure, which ensures that all members of the Court work together at all stages of the Court's work, is certainly time-consuming, it is in correspondence with the representativeness of the Court aimed at by Article 9.

7. The 'higher meaning' of Article 9

Although rooted in power politics, Article 9 has a "higher meaning" which can be captured with the two notions of legitimacy and authority. To turn to the first, as a legal, political and philosophical concept, "legitimacy" has many faces.[55] It is often difficult to establish in which sense the concept is used. Political perceptions that a process is "illegitimate" tend to reflect, as Professor Caron remarked, "subjective conclusions, perhaps based on unarticulated notions about what is fair and just, or perhaps on a conscious utilitarian assessment of what the process means for oneself".[56] In an effort to explain "what it is about rules and the rule process that conduces to uncoerced compliance",[57] Thomas Franck defined legitimacy as those "factors that affect our willingness to comply voluntarily with commands"[58]—a willingness which is particularly relevant in the case of the ICJ which has no means of its own to enforce its decisions.[59] A more comprehensive definition, again by Thomas Franck, goes as follows:

> Legitimacy is a property of a rule or *rule-making institution* which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or *institution* has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process.[60]

Publishers, 1989, 345ff. For "procedures and disciplines of collegiate responsibility", see *ibid*., 348ff.

55 For an evaluation of the concept with regard to the UN Security Council, see B. Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective,* The Hague/Boston, Kluwer Law International, 1998, 315ff. and from the same author, "Uncertain Steps into a Post-Cold War World: The Role and Functioning of the UN Security Council after a Decade of Measures against Iraq", *European Journal of International Law*, 13, 2002, 292–295.

56 See D.D. Caron, "The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council", *American Journal of International Law*, 87, 1993, 557.

57 T.M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990, 50.

58 *Ibid*., 150.

59 See Art. 94 of the UN Charter.

60 Franck, *Power of Legitimacy*, 24 (emphasis added). In a later book, Professor Franck described legitimacy as the procedural aspect of fairness: T.M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 7ff.

One may add that if this "pull toward compliance" is sufficiently strong, the rule or institution has authority, that is persuasive force.

To the extent that not only legal standards (i.e. in the case of the ICJ the rules of international law) but also other criteria (like the composition of a decision-making body) are considered to be such a property of an institution, a conflict between lawfulness (legality) and legitimacy can arise.[61] A legal act, for instance a decision made by the ICJ, may be legal in the sense that it is in accordance with the written and customary norms of international law, and yet be challenged as illegitimate, for instance as going against "the promise and spirit" of the United Nations.[62] A decision which is not complied with because it is perceived as not legitimate lacks authority, and can compromise the authority of the Court as such.

In the case of the ICJ, the problem of legitimacy arises not only in the context of compliance with the Court's decisions but, even more importantly, with regard to the Court's jurisdiction. States are only subject to the jurisdiction of the ICJ if they voluntarily accept that jurisdiction,[63] and they will only do so if they regard the Court as legitimate.[64]

An opinion in that regard will be formed based on an assessment of the work of the Court, i.e. its judicial decisions of the past, and a prognosis of the Court's future performance. An important aspect of such an assessment is the Court's composition. A government assessing the Court will ask whether this composition affords sufficient ground for the expectation that the Court will perform its duties "honourably, faithfully, impartially and conscientiously".[65] The Court's legitimacy essentially depends on how the judges sitting on it are appraised, personally and as authors of the decisions rendered by the Court in the past, and this legitimacy in turn is a precondition for the Court's authority as the principal judicial organ of the international community.

Seen in this light, Article 9 of the Statute is an appeal to the member States of the international community (members of the United Nations and parties to the Statute) to uphold the legitimacy and authority of the Court when deciding about its composition. Governments are urged to make sure that the judges possess the necessary personal qualification (Article 2) *and* that the Court as a whole is as representative of the existing international community as possible.

---

61 A classical study distinguishing the two concepts with a view to the German Constitution of 1919 is C. Schmitt's *Legalität und Legitimität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1932.

62 See Caron, "Legitimacy of the Collective Authority", 559ff.

63 See Art. 36 of the ICJ Statute.

64 In essence, the same thought was expressed by saying that States must have "confidence in the Court as an impartial forum for the resolution of legal disputes": M. Leigh & S.D. Ramsey, "Confidence in the Court: It Need Not Be a 'Hollow Chamber'", in Fisler Damrosch, *The International Court of Justice at a Crossroads*, 108.

65 See Art. 20 of the ICJ Statute and Art. 4, para. 1 of the Rules of Court.

What matters is representativeness in a broad sense. The two criteria expressly mentioned in Article 9, the "main forms of civilization" and the "principal legal systems of the world", must be understood as elements or aspects of such a general representative character of the Court. Characteristic of the time in which they were formulated, they do not exhaust, in the constitutional framework of the UN Charter, the content and meaning of representativeness.[66] In this context, and in consideration of the Court's quality as the principal judicial organ of the United Nations, the phrase "main forms of civilization of the world" gains new significance as a metaphor for cultural diversity broadly understood. In the words of Georges Abi-Saab:

> [I]f we really want international law to take hold and be taken seriously by all, it has to be, both in its creation and in its interpretation and application, the product of [the international] community as a whole, reflecting, by synthesis or symbiosis, the legal visions, needs and aspirations of all the components of this community.[67]

[66] For other elements of representativeness, see sec. 5 above.
[67] Abi-Saab, "Substantive Requirements", 171.

CHAPITRE VINGT-SEPT

LA RELATION TITRES/EFFECTIVITÉS DANS LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (2004-2012)

Marcelo G. Kohen*

C'est avec un plaisir renouvelé que je participe au volume en hommage à ce grand théoricien et praticien du droit international qui nous a honoré de sa présence à l'Institut de hautes études internationales et du développement durant les cinq dernières années de sa carrière professorale. Pour ce faire, la présente contribution souhaite offrir une suite à un article publié à la *Revue générale de droit international public* à l'époque où Pierre-Marie Dupuy était l'un de ses co-directeurs. L'article en question traitait de la relation entre les titres et les effectivités dans le contentieux territorial dans la jurisprudence de l'époque. L'année 2002 avait été riche en décisions juridictionnelles en la matière : les arrêts de la Cour internationale de Justice dans les affaires *Cameroun c. Nigeria* et *Indonésie/Malaisie* et la sentence arbitrale *Erythrée/Ethiopie* portant sur l'ensemble de leur frontière terrestre. L'article examinait ces trois décisions, ainsi que, dans une moindre mesure, l'arrêt de 2003 sur la demande en révision de l'arrêt rendu une décennie auparavant dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras (Nicaragua ; intervenant)*[1]. La présente contribution se propose d'analyser brièvement la façon dont la relation titres/effectivités a été appliquée dans les arrêts en matière territoriale que la Cour a rendu depuis lors. Il s'agit donc des arrêts rendus dans le *Différend frontalier (Bénin/Niger) en 2005*, dans le *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras) en 2007*, dans l'affaire concernant la *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour) en 2008* et dans le *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* en 2012.

* Professeur de droit international, IHEID, Genève, Membre de l'*Institut de droit international*. Au moment où cette contribution a été envoyée, la Cour n'avait pas encore rendu son arrêt dans le *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*.

[1] « La relation titres/effectivités dans le contentieux territorial à la lumière de la jurisprudence récente », *Revue Générale de Droit International Public*, 108(3), 2004, 561-596. Cf. P.-M. Dupuy & Y. Kerbat, *Droit international public*, 11e éd. Paris, Dalloz, 2012, 62-63.

1. Une relation clarifiée par l'arrêt Burkina Faso/Mali

La relation entre les titres et l'effectivité est l'expression dans le domaine de la souveraineté territoriale du sempiternel débat existant en théorie du droit sur le rôle du fait dans le phénomène juridique. « The antinomy of law and fact is an abiding problem of jurisprudence », résumait Hersch Lauterpacht[2]. Le désormais bien connu paragraphe 63 de l'arrêt de 1986 en l'affaire *Burkina Faso/Mali* a eu le grand mérite de résumer cette relation lorsqu'il est question de déterminer l'existence et l'étendue de la souveraineté territoriale. Les faits ici sont les *effectivités*, autrement dit les actes étatiques qui témoignent de l'exercice de compétences souveraines sur un territoire donné. Le droit, pour sa part, se manifeste dans l'existence d'un *titre*, c'est-à-dire, d'un moyen prévu par le droit international pour établir la souveraineté ou une autre compétence étatique sur un territoire donné. L'expression « titre » se réfère également aux moyens de preuve documentaire qui constituent la manifestation (*instrumentum*) du titre juridique (*negotium*) auquel elle se rapporte[3]. Le paragraphe 63 de l'arrêt de la Chambre en 1986 décrit ainsi quatre types de relation titre/effectivité et opère un choix quant au terme de cette relation qui, selon le cas, doit prévaloir ou être appliqué :

> [1]Dans le cas où le fait correspond exactement au droit, où une administration effective s'ajoute à l'*uti possidetis juris*, l'« effectivité » n'intervient en réalité que pour confirmer l'exercice du droit né d'un titre juridique. [2] Dans le cas où le fait ne correspond pas au droit, où le territoire objet du différend est administré effectivement par un Etat autre que celui qui possède le titre juridique, il y a lieu de préférer le titulaire du titre. [3] Dans l'éventualité où l'« effectivité » ne coexiste avec aucun titre juridique, elle doit inévitablement être prise en considération. [4] Il est enfin des cas où le titre juridique n'est pas de nature à faire apparaître de façon précise l'étendue territoriale sur laquelle il porte. Les « effectivités » peuvent alors jouer un rôle essentiel pour indiquer comment le titre est interprété dans la pratique[4].

Cette jurisprudence, reprise par la Cour dans sa composition plénière[5], met en évidence la valeur prépondérante des titres et le rôle probatoire ou subsidiaire

---

[2] H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947, 426.

[3] Pour la distinction entre les titres-source et les titres-preuve, v. CIJ Recueil 1986, 564, para. 18.

[4] Cour Internationale de Justice (CIJ), *Différend frontalier*, arrêt, CIJ Recueil 1986, 586-587, para. 63.

[5] Pour des références ou des applications jurisprudentielles de la relation titres/effectivités telle qu'exprimée par l'arrêt *Burkina Faso/Mali*, voir : CIJ, *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, CIJ Recueil 1994, 38, para. 75-76 ; CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria: Guinée équatoriale, intervenant)*, arrêt, CIJ Recueil 2002, 353, para. 68 ; CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, CIJ Recueil 2002, 678, para. 126 ; CIJ, *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, CIJ Recueil 2005, 127, para. 77 ; CIJ, *Délimitation entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, CIJ Recueil 2007, 706-708, paras. 151-158.

que jouent les *effectivités*. Dans la jurisprudence de 2002, la Cour est restée fidèle à cette approche et l'a appliquée de manière systématique, privilégiant le titre, utilisant les effectivités comme preuve ou bien comme critère déterminant lorsque l'organe judiciaire ne se satisfait pas de la preuve des titres invoqués par les parties. Cette dernière solution a notamment été suivie dans l'affaire *Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*[6]. A l'époque, nous avions exprimé nos doutes sur l'absence véritable de titre dans ce différend. La sentence arbitrale de la même année dans l'affaire *Erythrée/Ethiopie* s'était par contre écartée de l'approche de la Cour, ignorant la relation titres/effectivités et décidant une frontière différente de celle découlant des traités applicables[7]. Cette approche déstabilisatrice n'a été suivie par aucune autre décision juridictionnelle ultérieure. En revanche, comme nous le verrons par la suite, la solution retenue dans l'affaire entre l'Indonésie et la Malaisie a eu un effet contagieux.

2. Une application classique de l'uti possidetis iuris en l'affaire Bénin/Niger

A plusieurs égards, le *Différend frontalier (Bénin/Niger)* comportait des ressemblances considérables avec l'affaire *Burkina Faso/Mali*. L'affaire est arrivée à la Cour par voie de compromis, les parties ont aussi préféré la constitution d'une Chambre, on trouve la même référence au droit applicable, la même appartenance durant la période coloniale à l'Afrique occidentale française et la même année de l'accession à l'indépendance. Rien d'extraordinaire si l'on constate dans l'arrêt la analyse du droit d'outre-mer et de la pratique coloniale de la France afin d'établir la frontière héritée au moment de l'indépendance par les deux Etats parties au différend. L'arrêt ratifie la méthode suivie par la Chambre de 1986 et, face à l'argumentation des parties, apporte certaines précisions d'ordre général. S'agissant des frontières fluviales dont la situation physique a pu changer, si la tâche du juge est celle de déterminer la situation au moment de l'indépendance, « la Chambre ne saurait ignorer [...] l'apparition ou la disparition éventuelle de certaines îles sur le bief fluvial concerné »[8]. L'arrêt précise également que la documentation post-coloniale est incapable de modifier « l'instantané territorial » au moment de l'indépendance, « sauf, bien entendu, dans l'hypothèse où semblables documents

---

[6] CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, CIJ Recueil 2002, 678, paras. 126-127.

[7] Cf. notre commentaire in : « The Decision on the Delimitation of the Eritrea/Ethiopia Boundary of 13 April 2002: A Singular Approach to International Law Applicable to Territorial Disputes », in M.G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*. Liber Amicorum *Lucius Caflisch*, Leide, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 767-779.

[8] CIJ Recueil 2005, 109, para. 25.

exprimeraient clairement l'accord des Parties à une telle fin »[9]. Toutefois, cette documentation ultérieure, ainsi que les effectivités post-coloniales, peuvent servir à confirmer le titre juridique en cause[10].

La Chambre s'est fondée sur le droit français d'outre-mer en tenant compte du fait que, si la création des colonies qui composaient l'Afrique occidentale française (AOF) relevait de l'autorité métropolitaine, l'établissement des limites des cercles à l'intérieur des colonies était du ressort du gouverneur général de l'AOF. Souvent, les colonies étaient décrites sur la base des cercles qui les composaient, d'où l'importance des limites de celles-ci pour la détermination des limites intercoloniales. De même, des documents coloniaux autres que les décisions administratives peuvent s'avérer importants pour déterminer l'étendue territoriale des colonies.

Concernant la délimitation à proprement parler, la Chambre arrive à des conclusions différentes quant à la preuve du titre. Dans le secteur du fleuve Niger, elle estime qu'aucune des parties n'a apporté la preuve concrète de l'existence d'un titre administratif ou réglementaire déterminant les limites existantes. Elle se penche alors vers les effectivités. Dans ce secteur, l'arrêt considère que le décret et l'arrêté de 1900 créant un troisième territoire militaire entre le Niger et le Tchad n'a pas fixé la délimitation entre celui-là et la colonie du Dahomey, comme le soutenait le Bénin[11]. Il considère également que les arrêtés du gouverneur de 1934 et 1938 se référant au fleuve Niger et établissant les limites des cercles à l'intérieur du Dahomey mais décrivant aussi les limites des cercles avec les colonies voisines, n'a pas donné davantage de précisions sur la limite exacte dans le cours du fleuve, ainsi que le soutenait le Niger[12].

Dans le secteur de la rivière Mékrou, par contre, l'arrêt trouve un titre applicable. La Chambre constate que l'*uti possidetis iuris* implique non seulement de se référer aux titres administratifs existants mais aussi à leur interprétation et application par les autorités compétentes, en particulier sur le plan normatif. Par conséquent, la Chambre estime que le décret de 1907 rattachant le cercle de Fada N'Gourma à la colonie du Haut-Sénégal et Niger, interprété notamment par un arrêté du gouverneur général du 31 août 1927 et les actes qui les ont suivi jusqu'au moment de l'indépendance, en a fixé la limite qui est devenue la frontière internationale.

> Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de rechercher d'éventuelles effectivités en vue d'appliquer le principe de l'*uti possidetis*, les effectivités ne pouvant présenter un intérêt, en la matière, que pour compléter ou suppléer des titres juridiques incertains ou absents, mais ne pouvant jamais prévaloir sur des titres auxquels elles seraient contraires[13].

---

[9] *Ibid.*, 109, para. 26.
[10] *Ibid.*, 109-110, para. 27
[11] *Ibid.*, 127, para. 74.
[12] *Ibid.*, 122, para. 56.
[13] *Ibid.*, 149, para. 141.

L'arrêt de 2005 s'inscrit ainsi dans la droite ligne de celui de 1986. Dans l'un des secteurs litigieux, il applique les effectivités à défaut de la preuve du titre et dans l'autre, il applique le titre sans avoir besoin d'examiner les effectivités.

3. Des rochers originalement oubliés dans l'affaire Nicaragua c. Honduras

L'affaire introduite par le Nicaragua contre le Honduras sur la délimitation maritime dans la mer des Caraïbes a ceci d'insolite qu'en saisissant la Cour, le demandeur a en effet « oublié » l'existence des formations maritimes relativement proches des côtes qui exigeaient une détermination juridique quant à leur souveraineté territoriale, préalablement à la délimitation. Le Nicaragua a soulevé la question, et encore, de manière elliptique, lors du Mémoire[14]. Il a prétendu qu'en traçant la délimitation maritime, la Cour pourrait en même temps lui attribuer les formations maritimes qui se trouveraient dans la zone contestée. La Cour a correctement rappelé la règle selon laquelle « la terre domine la mer » et que, par conséquent, il fallait commencer par la détermination de la souveraineté territoriale avant d'entamer la délimitation maritime dans la région considérée[15].

L'arrêt du 8 octobre 2007 rappelle qu'il est communément admis que les îles adjacentes aux Etats de l'Amérique centrale n'étaient pas considérées *terrae nullius* au moment de l'indépendance de ces Etats, c'est à dire, en 1821[16]. En effet, l'absence de *terrae nullius* en Amérique latine et le fait de considérer que tout ce qui était espagnol ou portugais dans le nouveau monde relevait de la souveraineté des Etats nouvellement indépendants fut l'un des éléments composant la règle de l'*uti possidetis* lors de son énonciation en Amérique du Sud. Le but, comme le rappelle l'arrêt, citant celui de 1986, était « de priver d'effets les visées éventuelles des puissances colonisatrices non-américaines sur des régions que l'ancienne métropole avait assignées à l'une ou à l'autre des circonscriptions et qui étaient demeurées non occupées ou inexplorées »[17]. La Cour note cependant que le principe ne peut pas conduire à attribuer aux nouveaux Etats des îles dont il n'a pas été démontré qu'elles relevaient de la Couronne espagnole. Dans l'étape suivante de son raisonnement, la Cour affirme que pour que *l'uti possidetis iuris* permette de régler le différend insulaire opposant le Nicaragua au Honduras, il doit être démontré que la Couronne espagnole a attribué les îles à l'une ou l'autre de ses provinces coloniales[18]. La Cour a estimé que les éléments de preuve pour démontrer que les formations maritimes avaient été placées sous l'autorité de

---

[14] CIJ, *Nicaragua c. Honduras*, CIJ Recueil 2007, 694, paras. 104-105. Cf. CR 2007/8, 36-38, paras. 3-8 (Dupuy).
[15] *Ibid.*, 696-697, paras. 113-114. Cf. CR 2007/8, 51, para. 52 (Dupuy).
[16] *Ibid.*, 707, para. 158.
[17] *Ibid.*, 706, para. 152, CIJ Recueil 1986, 566, para. 23.
[18] CIJ, *Nicaragua c. Honduras*, CIJ Recueil 2007, 707-708, paras. 156-158.

la province du Nicaragua ou du Honduras faisaient défaut. Elle a considéré que c'était probablement la Capitainerie générale du Guatemala – englobant les deux provinces – qui exerçait directement la juridiction, sans attribution à l'une ou l'autre des provinces qui en faisaient partie[19].

La Cour a également rejeté l'argument de l'adjacence avancé par le Nicaragua. En l'absence de titre capable de trancher le différend, la Cour se penche donc sur les effectivités. Elle ne trouve aucune effectivité durant la période coloniale, relevant le peu d'importance économique ou stratégique que ces formations maritimes mineures revêtaient pour la Couronne espagnole[20]. Ce sont donc en dernier ressort vers les effectivités post-coloniales que la Cour se tourne en vue de départager les positions. L'application, de manière explicite, du droit pénal et du droit civil honduriens aux îles, l'autorisation de les survoler par des avions du service fédéral antidrogues des Etats-Unis, la réglementation et le contrôle de l'immigration, la délivrance de permis de pêche, l'installation d'une antenne et le recouvrement des taxes par le Honduras, doublés de l'absence de protestation du Nicaragua, ont conduit l'arrêt du 8 octobre 2007 à déclarer les formations en litige comme relevant du Honduras[21]. Le fait que les effectivités susmentionnées étaient plutôt tardives, autrement dit, assez proches de la date critique, ne fut pas un obstacle pour la décision. La raison en était simple : il s'agissait des seuls éléments concrets existants pour pouvoir examiner les perceptions des parties relatives à la souveraineté territoriale.

Cet arrêt constitue donc une démonstration du rôle subsidiaire joué par les effectivités, ainsi que du fait que celles-ci servent pour constater les positions de part et d'autre en ce qui concerne la souveraineté territoriale. L'absence de réaction du Nicaragua face aux effectivités honduriennes a ainsi était déterminante pour emporter la conviction de la Cour de la souveraineté du Honduras sur les « cayes » en dispute.

4. Titre originaire versus titre acquis par acquiescement dans l'affaire Malaisie/Singapour

L'affaire suivante traitée par la Cour avait également trait à des formations maritimes, cette fois-ci à l'intérieur du détroit de Singapour, entre la Malaisie et Singapour. L'une des spécificités de ce différend consistait dans le fait que l'une des parties étaient le successeur d'un Etat protégé du Royaume-Uni (la Malaisie, successeur de Johore) et l'autre, un Etat successeur au titre de colonie du Royaume-Uni (Singapour). La Malaisie a invoqué l'existence d'un titre originaire de Johore sur les formations maritimes en question depuis des temps

---

19 *Ibid.*, 708-709, para. 161.
20 *Ibid.*, 710, para. 166.
21 CIJ, *Nicaragua c. Honduras*, CIJ Recueil 2007, 713-721, paras. 176-208.

immémoriaux. Pour Singapour, en revanche, celles-ci étaient des *terrae nullius* que la Compagnie anglaise des Indes orientales avait acquises au nom de la Couronne britannique à travers la prise de possession du rocher principal, Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, au moment de la construction sur celui-ci du phare Horsburgh entre 1847 et 1851. La Cour fit sienne la thèse du titre originaire de Johore, considérant cependant que la Malaisie a abandonné sa souveraineté à un moment non-déterminé au profit du Royaume-Uni/Singapour. Interprétant le prétendu abandon par Johore/Malaisie de manière restrictive, la Cour a estimé que le Royaume-Uni/Singapour a acquis uniquement la souveraineté sur le territoire où le phare a été construit et utilisé, c'est-à-dire Pedra Branca/Pulau Batu Puteh. Par conséquent le titre originaire de Johore sur Middle Rocks est resté inaltéré, sa souveraineté passant donc à la Malaisie. Pour ce qui concerne South Ledge, un haut-fond découvrant, l'arrêt s'est abstenu de trancher en faveur de l'une ou l'autre des parties, comme elles l'avaient pourtant demandé à la Cour. L'arrêt se borne à indiquer que South Ledge appartient à l'Etat dans les eaux territoriales duquel il est situé[22].

A la différence de son arrêt de 2002 en l'affaire *Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, la Cour a clarifié ici la notion de titre originaire, tant au point de vue de la possibilité que des entités non européennes aient pu être titulaires de la souveraineté territoriale que de l'étendue de cette souveraineté. En effet, le titre originaire de Johore n'était pas prouvé sur la base du contrôle effectif ou des actes explicites d'exercice de la puissance publique directement sur le rocher en question. C'est compréhensible compte tenu de son caractère exigu – plus petit qu'un terrain de football- et du fait qu'aucun autre Etat n'avait avancé de revendication à son égard. Il a suffit de prouver que Pedra Branca/Pulau Batu Puteh était un rocher connu à l'époque, que Johore se considérait lui-même comme souverain dans la région en question, et que d'autres Etats avaient aussi reconnu cette souveraineté[23]. La présence des Orang Laut, sujets du sultan de Johore, dans le région concernée, fut

---

[22] Il y a lieu de se demander si la Cour n'a pas prononcé ici un *non liquet*. L'argument de la Cour selon lequel elle n'a pas pu déterminer à qui appartient South Ledge du fait que les parties ne lui ont pas demandé de délimiter la mer territoriale entre elles ne saurait suffire. Le compromis était clair : les parties demandaient à la Cour de faire cette détermination de souveraineté. Le fait que South Ledge se trouve à une distance de moins de 12 milles marins aussi bien du territoire continental malaisien, que de Middle Rocks et de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, n'est pas en soi un obstacle. La Cour aurait pu, sur la base de la proximité, déterminer l'appartenance de South Ledge à l'une des deux parties, sans pour autant procéder à établir une ligne de délimitation des mers territoriales respectives. Cela lui aurait permis de remplir totalement sa fonction judiciaire, sans se départir de sa jurisprudence précédente relative aux hauts fonds découvrants. Comme l'article 38, paragraphe premier, du Statut le précise, la mission de la Cour est de régler les différends qui lui sont soumis, et les parties lui avaient expressément soumis le différend portant sur South Ledge.

[23] CIJ, *Malaisie/Singapour*, CIJ Recueil 2008, 33-37, paras. 52-69.

considérée par la Cour comme une confirmation du titre originaire de Johore[24]. L'existence d'un titre originaire en faveur de la Malaisie impliquait par définition l'exclusion du titre originaire opposé revendiqué par Singapour, à savoir l'occupation effective d'une *terra nullius*.

De prime abord, les effectivités britanniques/singapouriennes semblent avoir joué un rôle fondamental dans l'attribution par la Cour de la souveraineté de Pedra Branca/Pulau Batu Puteh à Singapour. Il ne s'agit pas tant de l'exploitation du phare Horsburgh, que d'autres types d'actes accomplis, de l'avis de la Cour, à titre de souverain, tels que les enquêtes sur les accidents maritimes, le contrôle des visites au phare, l'installation de matériel militaire et un projet de poldérisation[25]. Cette activité contraste, selon la Cour, avec l'absence d'activité de Johore/Malaisie. Il ne s'agit pas pour autant du triomphe de celui qui a accompli davantage d'effectivités au profit du titulaire du titre. La Cour a pris soin d'indiquer qu'un transfert de souveraineté, impliquant donc la perte de celle-ci par son titulaire et son acquisition par un autre, ne peut être déduit à la légère, comme, par exemple, du seul fait de quelques omissions ou d'actes isolés. Dans l'analyse d'ordre général énoncée par l'arrêt du 23 mai 2008 :

> Un point déterminant pour l'appréciation que fera la Cour du comportement des Parties tient à l'importance de premier plan que revêtent, en droit international et dans les relations internationales, la souveraineté étatique sur un territoire ainsi que le caractère stable et certain de cette souveraineté. De ce fait, tout changement du titulaire de la souveraineté territoriale, fondé sur le comportement des Parties, tel qu'exposé ci-dessus, doit se manifester clairement et de manière dépourvue d'ambiguïté au travers de ce comportement et des faits pertinents. Cela vaut tout particulièrement si ce qui risque d'en découler pour l'une des Parties est en fait l'abandon de sa souveraineté sur une portion de son territoire[26].

Comme le disait Pierre-Marie Dupuy dans sa plaidoirie du 26 juin 1986 en l'affaire du *Différend frontalier* (Burkina Faso/Mali) :

> [...] l'acquiescement ne peut émaner, pour avoir quelques chances d'être valide, que de l'autorité compétente pour engager l'Etat. [...] [L]a *ratio legis* est [...] de ne pas faire engager un Etat sans l'expression directe de la volonté de ceux habilités à le faire. [...] [L']identité de l'organe d'origine est, par la force de choses, liée à celle de l'objet de la conduite étatique en cause. On ne peut déduire un acquiescement du comportement ou des déclarations étatiques non seulement que s'ils émanent de l'autorité compétente [...] mais encore que si ce comportement ou cette déclaration a pour objet spécifique la délimitation internationale[27].

---

[24] *Ibid.*, 37-39, paras. 70-75.
[25] *Ibid.*, 95-96, para. 274.
[26] *Ibid.*, 51, para. 122.
[27] Cf. CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, CR 86/13, 48-49 (Dupuy).

La Cour a estimé qu'il y a eu « une évolution convergente des positions » des parties concernant le titre sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, allant vers la reconnaissance de la souveraineté britannique/singapourienne. Cette évolution convergente s'est manifestée par le comportement des parties, notamment l'absence de réaction côté malaisien face aux actes singapouriens, les cartes malaisiennes des années 1960 et 1970 montrant le rocher comme singapourien et surtout la déclaration faite en 1953 par le Secrétaire d'Etat par intérim de Johore au Secrétaire colonial de Singapour en vertu de laquelle Johore « ne revendiquait pas la propriété (*ownership*) de Pedra Branca ». Pour la Cour, cette déclaration « revêt une importance capitale »[28].

L'arrêt du 23 mai 2008 est le seul de ceux examinés ici qui ne se réfère pas à la relation entre les titres et les effectivités, même si les deux parties les ont invoqués[29]. Ce silence de la Cour ne pourrait toutefois s'interpréter comme signifiant une déviation de sa jurisprudence précédente. Ce ne sont pas tant les effectivités britanniques/singapouriennes qui ont joué le rôle décisif dans la décision de la Cour, mais plutôt les manifestations explicites et concordantes de Johore/Malaisie niant sa propre souveraineté et affirmant celle de Singapour, à travers une notification formelle adressée à l'autre partie et une cartographie officielle uniforme durant presque deux décennies. La Cour n'a cependant pas voulu déterminer en vertu de quel titre Singapour a acquis sa souveraineté, même si, de manière générale, l'arrêt s'est référé à la possibilité que la souveraineté puisse se transférer par acquiescement[30], ce qui semble être l'interprétation finale de la Cour. Au fond, cette situation exceptionnelle d'un transfert de souveraineté par le comportement des parties impliquant l'acquiescement de l'une à la souveraineté de l'autre s'explique par le caractère minuscule des formations maritimes en présence, le fait que très probablement aucune des parties n'a prêté attention à leur souveraineté durant la longue période qui a suivi la construction du phare Horsburgh, au moment où les compétences des uns et des autres étaient imbriquées et à une époque où ces formations ne revêtaient aucune importance aux fins des délimitations maritimes. De même, il est remarquable que la Cour n'a requis la preuve d'aucune effectivité pour conforter le titre originaire invoqué par la Malaisie à l'égard de Middle Rocks. Elle a suivi une approche restrictive de l'étendue des effectivités britanniques/singapouriennes et de l'abandon de souveraineté par Johore/Malaisie, limitant tant les unes que l'autre à la seule Pedra Branca/Pulau Batu Puteh.

---

28 CIJ, *Malaisie/Singapour*, CIJ Recueil 2008, 96, paras. 275-276.

29 CIJ, *Malaisie/Singapour*, CR 2007/22, 28, para. 67 (Bundy) ; CR 2007/27, 60, para. 42 (Kohen).

30 CIJ, *Malaisie/Singapour*, CIJ Recueil 2008, 50-51, para. 121.

5. Le refus d'examiner le titre conventionnel dans l'affaire Nicaragua c. Colombie

L'arrêt suivant de la Cour portant sur la souveraineté territoriale a été celui du 19 novembre 2012 en l'affaire du *Différend territorial et maritime*. Cette affaire, introduite par le Nicaragua contre la Colombie, comportait un volet territorial relativement aisé à trancher. Il s'agissait d'un renouvellement tardif d'une revendication de souveraineté nicaraguayenne de toutes les « cayes » en possession de la Colombie dans les Caraïbes occidentales, revendication auquel le Traité de règlement territorial (Bárcenas/Esguerra) conclu entre les deux parties le 24 mars 1928 avait mis fin. La position du demandeur s'appuyait en effet sur la prétendue nullité du Traité de 1928, nullité que le Nicaragua avait soulevée et déclarée unilatéralement en 1980. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires du 13 décembre 2007, la Cour rejeta cette prétention de nullité nicaraguayenne. Ce faisant, elle estima que, du fait que l'article premier de ce traité emportait reconnaissance explicite par le Nicaragua de la souveraineté colombienne sur San Andrés, Providencia et Santa Catalina, ces îles étaient exclues du fond du différend. Cependant, et parce que l'article premier en question reconnaissait la souveraineté colombienne sur « les autres îles, ilôts et cayes qui font partie de l'archipel de San Andrés » mais ne les précisait pas, la Cour devait se prononcer au fond sur la souveraineté de toutes les formations maritimes revendiquées par le Nicaragua[31].

La meilleure preuve du caractère artificiel de cette revendication territoriale est le fait que le Nicaragua n'a montré aucun regret concernant l'issue de cette affaire, allant même jusqu'à la célébrer comme une victoire, et ce, malgré le fait que la Cour a déclaré que toutes les cayes objet du différend appartiennent à la Colombie[32].

Une question préliminaire relative à la souveraineté territoriale était celle de savoir quelle était la nature juridique de l'une des cayes, Quitasueño. Le Nicaragua prétendait qu'il s'agit d'un banc submergé, alors que la Colombie avançait l'existence de formations maritimes découvertes de manière permanente ainsi que de certains haut-fonds découvrants. L'arrêt détermina que Quitasueño est susceptible d'appropriation et qu'elle est colombienne. Cependant, la manière dont la Cour détermina que seulement l'une des formations existantes à Quitasueño, QS32, était un rocher, est contestable[33]. Plus contestable encore est la

---

[31] CIJ, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions preliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2007, 863, para. 97.

[32] « Nicaragua celebra fallo de La haya », *El Nuevo Diario*, Managua, 19 nov. 2012, disponible à l'adresse : http://www.elnuevodiario.com.ni/nacionales/269813.

[33] La Cour, en se basant sur des travaux de la NASA, considéra que le modèle mondial de marée de Grenoble utilisé par le Rapport Smith, présenté par la Colombie, est peu fiable lorsqu'appliqué dans des eaux peu profondes. Ayant rejeté le modèle choisi par

manière avec laquelle elle construisit sa décision sur la souveraineté de l'ensemble des cayes, se fondant exclusivement sur les *effectivités* et en ne se référant pas au Traité de 1928. Pour ce faire, l'arrêt examina théoriquement les trois arguments avancés par les parties pour fonder des titres divers: le traité de 1928, l'*uti possidetis iuris* et les effectivités. Il analysa également trois autres arguments développés par la Colombie qui, sans engendrer la souveraineté territoriale, pouvaient la confirmer et en apporter la preuve. Il s'agissait de la reconnaissance nicaraguayenne, de celle des Etats tiers et du matériau cartographique.

A juste titre, la Cour commença son analyse par l'examen du Traité de 1928. Elle commit toutefois une « faute grave » – pour employer les termes du Juge Ronny Abraham – lorsqu'elle s'abstint d'interpréter la portée de l'expression « les autres îles, îlots et récifs qui font partie de l'archipel de San Andrés » du premier paragraphe de l'article 1 du Traité de 1928. La raison avancée par la Cour pour justifier cette abstention est loin d'être convaincante. Selon elle, « les sources historiques invoquées par les Parties à l'appui de leurs positions respectives n'établissent pas de manière concluante la composition de l'archipel de San Andrés »[34].

Sur ce point, l'erreur de la Cour est double : premièrement, parce qu'elle avait en sa possession tous les éléments nécessaires pour constater que toutes les cayes concernées faisaient partie de l'Archipel de San Andrés et, deuxièmement, parce

---

le Rapport Smith, la Cour reconnut comme rocher la seule formation maritime qui, en application cumulative des différents modèles suggérés par les deux parties, serait toujours découvert à marée haute, c'est-à-dire QS32. En choisissant comme critère le plus petit commun dénominateur des modèles présentés par les deux parties, la Cour appliqua dans les faits le modèle suggéré par le Nicaragua (*Admiralty Total Tide*). Cette manière de procéder de la Cour prête le flanc à des critiques. En présence de deux modèles scientifiques contradictoires avancées par les parties à un différend, il est nécessaire de déterminer lequel des deux modèles est correct ou si un modèle tiers devrait être suivi. À tout le moins, la Cour aurait pu faire usage des possibilités prévues par son Statut et son Règlement et nommer un expert indépendant pour l'assister sur ces questions techniques (voir l'Article 50 du Statut de la Cour, et les articles 67 et 62 du Règlement de la Cour). Elle préféra toutefois continuer dans la lignée de sa pratique initiée dans l'affaire des *Usines à pâte à papier (Argentine c. Uruguay)* : en présence de deux expertises scientifiques contradictoires présentées par les parties, la Cour s'abstient de trancher, ce qui indirectement favorise l'une des parties. Par le passé, cette manière de procéder fut sévèrement critiquée par un nombre considérable de juges (voir les opinions individuelles et dissidentes dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, CIJ Recueil 2010, *Opinion dissidente commune de MM. les juges Al-Khasawneh et Simma*, 108-117 ; *Déclaration de M. le juge Yusuf*, 216-220 ; *Opinion dissidente de M. le juge* ad hoc Vinuesa, 273-285). Si la Cour s'était décidée à vérifier, par elle-même ou avec l'assistance d'un expert, l'exactitude du Rapport Smith dans l'affaire *Nicaragua c. Colombie*, elle aurait pu constater l'existence d'autres rochers à Quitasueño, et par conséquent agrandir l'étendue de la mer territoriale autour d'elle. Cf. *Différend territorial et maritime (Nicaragua c Colombie)*, arrêt, 19 nov. 2012, CIJ. Recueil 2012, 22, paras. 37-38.

[34] CIJ, *Différend territorial et maritime*, arrêt 2012, 26, para. 55.

que même en l'absence de ces éléments, elle devait adopter une interprétation qui ne priverait pas d'effet utile l'article 1 du Traité de 1928, qui en est une disposition fondamentale. D'autant plus que l'objet et but du traité étaient clairement exprimés dans son préambule : « mettre un terme au conflit territorial pendant entre elles [les parties] ».

L'arrêt lui-même mentionne certains éléments du matériau historique de l'affaire contredisant les affirmations de la Cour : l'analyse de certaines des *effectivités* se réfèrent explicitement à la plupart des cayes et proviennent ou furent accomplies par le gouvernement de l'Archipel[35], la reconnaissance par la Grande-Bretagne de la souveraineté de la Colombie sur les cayes en tant que partie de l'Archipel[36], ainsi que les cartes officielles du gouvernement colombien de 1920 et 1931 montrant un encart de l'Archipel, y incluant toutes les cayes revendiquées par le Nicaragua[37].

La Cour ne s'exprime pas sur la description de l'Archipel faite par le Ministre colombien des affaires étrangères, Jorge Hoguin, devant le Congrès en 1890, à l'occasion du différend territorial avec le Nicaragua, et publiée tant avant qu'après la première revendication nicaraguayenne de l'ensemble de l'archipel en 1913. On y trouve nommément mentionnées toutes les cayes objet du différend[38]. La Cour ignore également les *travaux préparatoires* du Traité de 1928, au cours desquels la Colombie avait indiqué son interprétation de la formule « sur les autres îles, îlots et récifs qui font partie de l'archipel de San Andrés » ; interprétation qui incluait toutes les cayes contestées et qui n'avait suscité aucune réaction de la part du Nicaragua[39]. Cette totale ignorance des *travaux préparatoires* est d'autant plus

---

[35] *Ibid.*, 32, para. 82.

[36] *Ibid.*, 37, para. 95.

[37] *Ibid.*, 37, para. 96.

[38] « La Colombie a soutenu, soutient et continuera de soutenir, jusqu'à la fin des temps, que les îles de l'archipel de San Andrés, comprenant trois groupes d'îles s'étendant des côtes de l'Amérique centrale, en face du Nicaragua, du caye de Serranilla entre 15°52 de latitude nord et 80°20 de latitude ouest du méridien de Greenwich, sont de sa propriété et lui appartiennent par voie de succession, en vertu de l'*uti possidetis* de 1810. Le premier de ces groupes est constitué par les îles de Providencia et Santa Catalina et les cayes Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla et Bajo Nuevo ; le deuxième comprend les îles de San Andrés et les cayes d'Alburquerque, Courtdown Bank et d'autres cayes de moindre importance ; et le troisième groupe est composé des îles de San Louis de Mangle, et notamment Mangle Grande, Mangle Chico et les cayes de Las Perlas, ainsi que la côte de Mosquitos » (CMC, 52, para. 2.59 et Annexe 89).

[39] « Au milieu de l'année 1927, le Gouvernement nicaraguayen exprima sa volonté de reprendre les négociations afin de régler le litige. Au cours des négociations, dans une note datée du 20 novembre 1927, le ministre de la Colombie récapitula ses échanges en la matière avec le ministre nicaraguayen des affaires étrangères, en se référant expressément aux formations de l'archipel dans les termes suivants : "cet archipel se compose des îles de San Andrés, Providencia, Santa Catalina, Great Corn Island et Little Corn Island, et des cayes d'Alburquerque, Cowton [Courtown], Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo et Morrison". Telle était la conception de la Colombie lors

regrettable quand on la compare à l'attitude de la Cour dans son arrêt de 2007 sur les exceptions préliminaires dans la même affaire. Dans cet arrêt et pour affirmer que le 82ème méridien ne constituait pas une délimitation maritime, la Cour avait pris en compte les travaux préparatoires afin de déterminer la portée du 82ème méridien en vertu du Protocole de 1930. En effet, elle y déclarait avoir procédé à « un examen attentif des débats qui précédèrent la ratification du traité de 1928 par les Parties »[40].

Dans l'arrêt de 2012 sur le fond de l'affaire, la Cour se limita à considérer que l'énoncé de l'article 1er du Traité de 1928 pourrait s'interpréter comme englobant au moins les formations maritimes très proches de celles désignées par leur nom dans ledit article. En se fondant sur le critère de la distance, la Cour spécula que les cayes d'Alburquerque et Est-Sud-est « pourraient » être considérées comme faisant partie de l'Archipel, alors qu'il « est moins probable » que les cayes les plus éloignées (Seranilla y Bajo Nuevo) le soient[41]. Par la suite, la Cour n'émit aucune conclusion définitive sur l'étendue géographique de l'Archipel, privant ainsi de tout effet utile la reconnaissance par le Nicaragua de la souveraineté colombienne « de tous les îles, îlots et cayes qui font partie de l'archipel de San Andrés» émanant de l'article 1er du Traité de 1928.

Le Juge Ronny Abraham a exprimé dans son opinion individuelle cette critique fondamentale : dans la nesure où il y a un traité établissant la souveraineté sur les territoires en litige, celui-ci prévaut sur toute autre considération et la Cour n'est pas libre de choisir entre les différents titres allégués par les parties afin de n'utiliser, à la place du titre conventionnel, le titre qui s'avérerait plus facile à examiner ou le plus commode pour elle[42]. En ses propres termes,

> la Cour commet une erreur juridique grave : elle s'abstient, sans justification valable, de statuer sur l'interprétation du traité de 1928, et plus précisément sur le sens des mots : « sur les autres îles, îlots et récifs qui font partie de l'archipel de San Andrés », tels qu'ils sont employés à l'article 1er du traité[43].

Par ailleurs, la Cour n'attribua aucun poids à la ligne du 82ème méridien du Protocole de 1930, puisque, selon elle, ceci ne donnerait aucun éclaircissement l'extension de l'Archipel vers l'Est[44]. A nouveau, la Cour prive de tout effet utile la notion de ligne d'attribution employée par les deux parties pour se référer à ce méridien, ainsi qu'au but poursuivi par le Nicaragua en demandant la détermination dudit méridien lors du Protocole de ratification de 1930. La Cour elle-même,

---

de la signature et de l'approbation du traité de 1928. Rien ne prouve que la conception du Nicaragua ait été différente. » (CMC, 244-245, para. 5.8).

40 CIJ, *Différend territorial et maritime*, exceptions préliminaires, 2007, 867, para. 116.

41 CIJ, *Différend territorial et maritime*, arrêt, 2012, 25-26, para. 53.

42 *Opinion individuelle du juge Ronny Abraham jointe à l'affaire du Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt du 19 nov. 2012, CIJ Recueil 2012, paras. 3-4.

43 *Ibid.*, para. 8.

44 CIJ, *Différend territorial et maritime*, arrêt, 2012, 25, para. 52.

dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, et examinant les cartes officielles colombiennes susmentionnées, avait affirmait qu'« [i]l ressort de l'examen de ces cartes que les lignes de partage y sont tracées de telle manière le long du 82e méridien entre l'archipel de San Andrés et le Nicaragua qu'elles pourraient être interprétées comme indiquant soit une délimitation maritime générale entre les deux Etats, soit seulement une limite entre les archipels »[45]. Et la Cour de rejeter en 2007 la première alternative. Il est paradoxal que le jugement de 2007 sur les exceptions préliminaires ait opéré une analyse plus approfondie du traité de 1928 et de son protocole de 1930 que l'arrêt de 2012 sur le fond. De cette manière, et malgré la déclaration explicite faite par la Cour selon laquelle sa tâche était tout d'abord d'établir « quelles sont les formations qui constituent l'archipel de San Andrés »[46], elle ne le fit pas.

Peut-être que la raison pour laquelle la Cour n'a pas voulu interpréter la portée de l'article 1er du Traité de 1928 et déterminer ainsi l'étendue de l'Archipel de San Andrés, est la suivante : si la Cour avait abouti à la conclusion que les cayes faisaient partie de l'Archipel, cela aurait pu avoir un impact sur la délimitation maritime. En effet, cette donnée aurait pu être considérée comme l'une des circonstances pertinentes à prendre en compte afin de ne pas enclaver Quitasueño et Serrana, comme la Cour l'a fait au nord de sa délimitation.

La Cour poursuivit son raisonnement avec une analyse de l'*uti possidetis iuris*, qui suit dans ces grandes lignes celle qu'elle avait déjà effectuée dans l'affaire *Nicaragua c. Honduras*. Il convient toutefois de préciser ici que si la Cour avait abouti à la conclusion selon laquelle les cayes faisaient partie de l'Archipel, une analyse de l'*uti possidetis iuris* n'aurait pas été nécessaire. En toute hypothèse, la situation des cayes du Honduras et ceux de la Colombie étaient radicalement différente. Les premiers étaient plutôt inconnus et dépourvus de toute importance pour la Couronne espagnole, alors que les cayes de l'Archipel de San Andrés étaient bien connus, visités, et figuraient sur les cartes et autres matériaux durant la colonisation espagnole.

L'analyse des *effectivités* commença, elle aussi, par une grave erreur s'agissant de la détermination de la date critique. Le jugement mentionne que, selon le Nicaragua, le différend relatif à la *délimitation maritime* naquit en 1969[47]. Toutefois, ceci n'est pas pertinent pour l'évaluation des *effectivités* dans le cadre de l'analyse sur l'établissement de la souveraineté territoriale. La Cour elle-même l'avait expliqué dans son arrêt du 8 octobre 2007 :

> La Cour considère que dans les affaires où il existe deux différends connexes, comme en la présente espèce, il n'y a pas nécessairement une date critique unique ; cette date peut ne pas être la même aux fins des deux différends. Elle estime donc

[45] CIJ, *Différend territorial et maritime*, exceptions préliminaires, 2007, 868, para. 118.
[46] CIJ, *Différend territorial et maritime*, arrêt, 2012, 23, para. 42.
[47] *Ibid.*, para. 69.

> nécessaire de distinguer deux dates critiques qui doivent s'appliquer dans deux contextes différents. La première concerne l'attribution de la souveraineté sur les îles à l'un ou l'autre des deux Etats qui se les disputent, la seconde la délimitation de la zone maritime en litige[48].

Une autre erreur de l'arrêt du 19 novembre 2012 a consisté à attribuer à la Colombie la position selon laquelle le différend relatif à la souveraineté sur les formations maritimes se cristallisa en 1971[49]. La position de la Colombie était en fait la suivante : la revendication du Nicaragua à propos de Roncador, Quitasueño et Serrana datait de 1972 et la prétention nicaraguayenne s'agissant des autres cayes datait de 1980, date à laquelle le Nicaragua avait considéré le traité de 1928 comme nul et non avenu[50]. La Cour maintint cependant le 12 juin 1969 comme date critique, malgré l'absence de tout lien entre cette date et le différend relatif à la souveraineté. En tout état de cause, l'erreur de la Cour n'eut pas d'incidence sur la conclusion finale et inéluctable selon laquelle les effectivités démontraient la souveraineté de la Colombie.

En somme, la Cour opta pour un recours facile aux effectivités afin de trancher l'aspect du différend relatif à la souveraineté territoriale. En procédant de la sorte, elle n'appliqua pas le titre pertinent présent dans l'affaire : le traité de 1928/30. Si, au point de vue du résultat, rien ne change car la souveraineté colombienne découlait clairement de tous les titres invoqués ainsi que des effectivités, au point de vue du raisonnement judiciaire et de l'application correcte du droit aux circonstances de l'espèce, l'arrêt du 19 novembre 2012 reste bien en deçà de ce que l'on peut attendre d'une décision de la Cour.

6. Remarques conclusives

Un regard sur les quatre arrêts examinés ici permet de constater que dans trois des quatre décisions de la Cour il y a eu une référence et/ou une application du paragraphe 63 de l'arrêt *Burkina Faso/Mali*. La seule exception, celle du différend *Malaisie/Singapour* peut s'expliquer par la difficulté de la Cour à cerner la nature du différend en question, au point de vue des titres mis en cause. Il ressort toutefois que la Cour n'a pas attribué aux effectivités plus de poids qu'aux titres, en l'occurrence le titre originaire. C'est plutôt l'idée du consentement comme élément fondamental pour un transfert de souveraineté qui a été mis en exergue.

Dans les affaires *Bénin/Niger, Nicaragua c. Honduras* et *Nicaragua c. Colombie*, la Cour a adopté à des dégrés divers la politique de se tourner vers les effectivités à défaut de la preuve du titre invoqué par les parties. Si cela peut paraître approprié dans certains cas, comme cela l'était tout particulièrement pour la deuxième

---

48 CIJ, *Différend territorial et maritime*, exceptions préliminaires, 2007, 699, para. 123.
49 CIJ, *Différend territorial et maritime*, arrêt, 2012, para. 70.
50 V. CMC, 283-284, paras. 6.7-6.8.

affaire susmentionnée, cela ne devrait pas pour autant se transformer en solution de facilité. La Cour est en principe libre de décider dans un certain nombre de cas, en présence de plusieurs arguments des parties, lequel elle choisira pour trancher la question. C'est ce qu'elle fera, par exemple, lorsqu'il s'agira de déterminer l'existence d'une base pour sa propre compétence. Toutefois, cela n'est pas toujours le cas lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit substantiel. Si l'effectivité joue un rôle probatoire, confirmatoire ou subsidiaire, affirmer que le titre fait défaut chaque fois que l'examen du titre requiert un effort d'analyse équivaut à dénaturer le rapport titres/effectivités.

Un troisième enseignement que l'on peut tirer de ces quatres affaires est que même dans les cas dans lesquels la Cour s'est tournée vers les effectivités, celles-ci n'ont pas été appliquées de manière autonome. Dans tous les cas, les effectivités constatées ont été accompagnées de l'acquiescement de la partie de la partie adverse. Preuve suffisante, s'il en est, de la valeur essentielle du consentement dans les différends relatifs à la détermination de la souveraineté territoriale.

CHAPTER TWENTY-EIGHT

INTERNATIONAL ARBITRATORS AS PART OF A PEACE PROCESS: LESSONS FROM THE ABYEI ARBITRATION?

Luisa Vierucci*

> The presence of party representatives from all of Sudan, many of whom have a direct stake in the outcome of these proceedings, has been particularly significant to us, and truly fulfils the very purpose for which this Peace Palace was built.[1]

The Abyei arbitral tribunal (the Tribunal) was established by the 2008 Arbitration Agreement[2] between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army (SPLM/A), where the parties submitted to the Permanent Court of Arbitration (PCA) their difference concerning the excess of mandate of a panel of experts. This panel was composed by the Experts of the Abyei Boundary Commission ('ABC Experts') created by the 2005 Comprehensive Peace Agreement on Sudan in order to define and demarcate an area in the Abyei region in Central Sudan known as "the area of the nine Ngok Dinka chiefdoms transferred to Kordofan in 1905" ("Abyei Area").

The Tribunal was specifically asked to determine whether the ABC Experts had, in their final report, exceeded their mandate and, if so, to delimit the Abyei area. The findings had to be based on the PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One is a State, subject to the modifications the parties had agreed in writing. The Tribunal was composed of five leading international lawyers, with Professor Pierre-Marie Dupuy as presiding arbitrator.[3]

The determination the Tribunal had to make was politically sensitive as the Abyei Area is rich in resources and also crucial to establish the eligibility of the

* Senior researcher and lecturer in International Law at the University of Florence. I would like to thank Cindy Daase and Simone Vezzani for their valuable comments on earlier drafts of this article.

1 Pierre-Marie Dupuy, Presiding Arbitrator of the Abyei Tribunal, Award Rendering Ceremony, Peace Palace, The Hague, 22 July 2009.

2 The Arbitration Agreement between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army on Delimiting Abyei Area was signed on 7 July 2008. The text of the Agreement is available at: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306.

3 The other arbitrators were H.E. judge Awn Al-Khasawneh, prof. Gerhard Hafner, prof. Micheal Reisman and judge Stephen Schwebel.

residents of the Area to vote in the referendum on whether the Area should retain its special status in the north or become part of the south. The decision would in turn have consequences on the boundary of what was likely to become, through the planned 2011 referendum, the new state of South Sudan.[4] The perspective that the boundaries of the Abyei Area became the border between two states is in fact the basis of the dispute.[5]

The creation of the Abyei Tribunal was positively received in the hope that the Award would help bringing the long lasting conflict between north and south Sudan to an end, since "the question of defining the Abyei Area boundaries was a major stumbling block in the peace process".[6] In addition, the arbitration was seen as a "judicial experiment" in that for the first time the Government of a state and an armed movement had agreed to refer their major source of conflict to an international arbitral tribunal.

Both the Government of Sudan and the SPLM/A not only participated in full in the PCA proceedings[7] but also displayed "spirit of reconciliation and cooperation"[8] throughout the whole process. The Award, that was remarkably rendered only 90 days after the close of the oral pleadings, is a complex and highly substantiated decision reached by a majority of four arbitrators.[9] The Tribunal found that the ABC Experts had exceeded their mandate with respect to the delimitation of the northern, western, and eastern boundaries of the Abyei Area for failing to suf-

---

[4] According to the Protocol between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army on the Resolution of Abyei Conflict, 26 May 2004, which forms part of the 2005 Comprehensive Peace Agreement, the ABC Experts were mandated to present a final report to the Presidency of the Republic of Sudan where the boundaries of the so-called Abyei area were defined and demarcated and it was up to the Presidency to "take necessary action to put the special administrative status of Abyei Area into immediate effect" upon reception of the report.

[5] Final Award on Delimiting Abyei Area, 22 July 2009 (Abyei Award), para. 769. The text of the Award is available at: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306, para. 428.

[6] Permanent Court of Arbitration (PCA), *The Government of Sudan / The Sudan People's Liberation Movement/Army (Abyei Arbitration)*, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, July 22 2009, para. 186.

[7] This was not the case for the Brčko Arbitration, where the Republika Srpska was reluctant to participate in the proceedings, see C. Schreuer, "The Brčko Award of 14 February 1997", *Leiden Journal of International law*, 11(1), 1998, 72–73.

[8] See the Abyei Award: PCA, *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 769.

[9] Judge Al-Kasawneh voiced its dissent with respect to the standard of review, the partial annulment of the ABC report and the way the boundaries of the Abyei Area were delimited (see footnote 6 above). Remarquably, all arbitrators signed the Award. This is not always the case in highly contentious political disputes; for example, the Brčko Award of 14 February 1997 (see footnote 48 below) was signed by the presiding arbitrator only as the party- appointed arbitrators refused to do so. On this issue see Schreuer, "The Brčko Award", 73–74.

ficiently motivating how they had implemented their mandate. As a result, the overall size of the Area was reduced.

The parties confirmed without delay their commitment to abide by the Award in a joint statement.[10] In addition, the Presidency of Sudan, that represented both parties to the dispute, endorsed the Award shortly after it was rendered.[11] However, one of the population mostly affected by the Tribunal's decision, the nomadic Arab Misseriya tribe, immediately opposed the Award, claiming that they were not properly consulted and that Abyei was their historical territory.[12] Actually the redefinition of the boundaries had excluded the territory of the Misseriya from the Abyei Area, thus making it more likely that the Abyei residents would vote for joining the South in the announced referendum.

At the time of writing the Award remains partially unexecuted[13] and weapons are not silent in the region of Abyei.[14] The parties have not clarified the grounds for their unwillingness to fully enforce the Award thus bringing to an end their long standing armed conflict. Most probably this attitude indicates that the reasons for non-execution are to be found in the political differences still alive between the parties and not in the substance of the Abyei Award. Be that as it may, the lack of implementation of the Award raises the more general question of the ability of arbitration to contribute to a peace process. It is to this very question that this chapter focuses upon.

With a view to establishing whether international arbitration can make a viable contribution to a peace process, we shall first discuss if the Abyei Award contains legal flaws that are capable of under mining its authoritativeness. In this respect, the fact that neither the Government of Sudan nor the SPLM/A has explicitly raised legal objections as a ground for non execution of the Award should not lead to disregard the circumstance that the disputants put forward

---

[10] Joint Statement by the National Congress Party and the Sudan People's Liberation Movement Announcing their Firm Commitment to Implement the Abyei Arbitration Decision, available at: http://www.gossmission.org/goss/index.php?option=com_content&task=view&id=928&Itemid=193.

[11] United Nations Mission in Sudan (UNMIS), *Media Monitoring Report of August 10, 2009* available at: http://unmis.unmissions.org/Portals/UNMIS/MMR/MMR%2010%20August%2009.pdf. As we shall see (footnote 87 below), the Presidency of Sudan is an organ where both parties to the Abyei Arbitration Agreement are represented. In addition, the SPLM/A-led Government of Southern Sudan and the Southern Sudan Legislative Assembly unanimously endorsed the decision of Abyei Tribunal as final and binding, L.B. Deng, "Justice in Sudan: The Final Award of Abyei Arbitration", August 2009, available at: http://www.gurtong.net/ECM/Editorial/tabid/124/articleType/CategoryView/CategoryID/127/currentpage/10/Default.aspx, 26.

[12] J. Craze, "Creating Facts on the Ground: Conflict Dynamics in Abyei", *Small Arms Survey HSBA Working Paper*, 26, 2011, 16.

[13] See Part 2.3 below.

[14] See United Nations Secretary-General (UNSG), *Report of the Secretary-General on the Situation in Abyei*, UN Doc. S/2012/583, 25 Jul. 2012, paras. 9–19.

opposing arguments relating to the crucial issue before the Tribunal, that is the standard of review of the ABC Experts' report. On account of this, this chapter starts from the analysis of the legal soundness of the standard of review adopted by the Tribunal with respect to the ABC report. Then the chapter addresses the other major source of criticism of the substance of the Award, namely the type of law applied by the Tribunal in order to check whether a different course of action was available to the arbitrators (1).

After showing that, with respect to the two material issues here examined, the Abyei Award is legally sound and coherent, we shall turn to the more general question of the capacity of international arbitration to solve the causes giving rise to an armed conflict (2). In this part the main features of *any* ad hoc arbitration process, regardless of the substance of specific award, will be carried out through a comparative analysis of the Abyei Arbitration and those arbitral precedents aiming to contribute to the pacification of a country, in particular the Brčko Arbitration concerning Bosnia and Herzegovina.

In short, our reflections concerning the Abyei Arbitration lead us to tackle the broader debate concerning the function of arbitration within the context of a peace process. Indeed the Abyei arbitrators showed great awareness of the influence that their findings were likely to have on the final settlement of the armed conflict in Sudan, as they expressed the desire that with their Award "a distinct stage in the peace process c[a]me to an end".[15]

1. The Abyei Arbitration: A Legally Flawed Award?

The outcome of the Abyei arbitration hinged, to a large extent, upon the definition of the Tribunal's mandate with respect to the findings reached by the ABC Experts. Actually, "just how to understand and define its mandate was, for the tribunal, an uncertain task requiring careful reflection",[16] especially in view of the fact that the parties had advocated for very different standards of review of the ABC report.[17] For this reason, any evaluation of the Abyei Award has to start from the analysis of the standard of review of the report of the ABC Experts as applied by the arbitral Tribunal (1.1).

The other main reason of criticism of the legal soundness of the Award relates to the law applied by the Tribunal. In respect to this, we shall explore whether there was an alternative to the choice made by the Tribunal in favour of a strictly textual interpretation of the relevant provision of the Arbitration Agreement (1.2).

---

[15] PCA, *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 768.

[16] D. Bederman, "Government of Sudan v. Sudan People's Liberation Movement/Army ('Abyei Arbitration')", *American Journal of International Law*, 104(1), 2010, 72. The arbitrators were aware of the key relevance of this question, see *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 767.

[17] For the standard of review advocated by each of the parties, see below Part 1.1.

1.1. *The Standard of Review of the Findings of a Decision-Making Body/ ABC Report*

According to Article 2 of the Arbitration Agreement, the Tribunal had to decide:

> (a) Whether or not the ABC Experts had, on the basis of the agreement of the Parties as per the CPA [Comprehensive Peace Agreement], exceeded their mandate which is 'to define (i.e. delimit) and demarcate the area of the nine Ngok Dinka chiefdoms transferred to Kordofan in 1905' as stated in the Abyei Protocol, and reiterated in the Abyei Appendix and the ABC Terms of Reference and Rules of Procedure.
> (b) If the Tribunal determines, pursuant to Sub-article (a) herein, that the ABC Experts did not exceed their mandate, it shall make a declaration to that effect and issue an award for the full and immediate implementation of the ABC Report.
> (c) If the Tribunal determines, pursuant to Sub-article (a) herein, that the ABC Experts exceeded their mandate, it shall make a declaration to that effect, and shall proceed to define (i.e. delimit) on map the boundaries of the area of the nine Ngok Dinka chiefdoms transferred to Kordofan in 1905, based on the submissions of the Parties.

The disputants were divided as to the standard of review of the ABC Experts' report to be used by the Tribunal.[18] The Government of Sudan contended that the Tribunal had to ground its review procedure on the standard of 'correctness'. The main argument infavour of this standard was that, since the mandate of the ABC Experts was a "condition for the whole peace settlement",[19] the Tribunal could not run the risk to leave questions erroneously interpreted by the Experts. In other words, the Tribunal had to be sure that the interpretation given by the ABC Experts to their mandate was correct. The SPLM/A, on the other hand, favoured the application of a 'reasonableness' standard because of the deference due to the decisions of authorities such as the ABC that are fact-finding bodies endowed with decision-making powers.[20]

The Tribunal's majority chose a contextual interpretation of Article 2(a) of the Arbitration Agreement, which was premised on the double-stage structure of the article as a whole. Accordingly, article 2 entrusted the Tribunal with two distinct tasks: first, to determine whether the ABC Experts had exceeded their mandate (art. 2(b)); and, only in the affirmative, to define (i.e. delimit) on a map the boundaries of the area in question (art. 2(c)). In particular the Award clarified that:

> A de novo review of all relevant evidence is sought by the Parties only under Article 2(c), that is, in the event that the Tribunal has found that the ABC Experts exceeded

---

[18] The parties had different views as to the standard to be applied to review the *interpretation* of the ABC mandate, e.g. to establish what the Experts' mandate was, while they agreed that reasonableness was the standard of review of the way the Experts *implemented* their mandate, PCA, *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 492.

[19] PCA, Abyei Arbitration, Final Award, para. 491.

[20] *Ibid.*

> their mandate. Conversely, it appears that the Parties did not expect or authorize the Tribunal to make any definitive substantive determination—for the purpose of its analysis under Article 2(a) of the Arbitration Agreement—as to the ABC Experts' correctness of fact or law with respect to its delimitation of the Abyei Area in 1905.[21]

Therefore:

> The sequence of Article 2 of the Arbitration Agreement [...] indicates that the extent of permissible "excess of mandate" analysis pursuant to Article 2(a) is limited [...] the Tribunal must limit itself to considering whether the ABC Experts' definition of the Abyei Area in their 2005 Experts' Report can be understood as a reasonable, or at least a not unreasonable, discharge of their mandate.[22]

The adoption of the "reasonableness" standard that was drawn from the text of the Arbitration Agreement was supported by the existence of an "established principle" of international law relating to "arbitral review" according to which the original authorities' findings are subject to limited review only by an arbitral tribunal when the review concerns an excess of power claim.[23]

Importantly, when applying this standard the Tribunal distinguished between the interpretation and the implementation of the mandate on the part of the ABC Experts.

With respect to the *interpretation* of the Experts' mandate, the Tribunal specified that the appropriate standard was whether the ABC report could be considered as "a not unreasonable discharge of the [Experts'] mandate, that is, as an exercise that does not amount to a manifest breach of the competence assigned to them".[24] The application of this standard showed no abuse of power on the part of the Experts when they adopted the tribal interpretation scheme.[25] By contrast, in the *implementation* of their mandate the ABC Experts had exceeded their task by not "sufficiently motivating" the boundaries they had drawn on the map. The determination that the Experts' mandate had been exceeded led the Tribunal to re-delimit the Northern, Eastern and Western boundaries of the Abyei Area.[26] As a consequence those parts of the ABC report found to be flawed were partially annulled.[27]

The method used to come to the conclusion of (partial) excess of mandate on the part of the ABC Experts was challenged by the dissenting arbitrator, Judge Awn Shawkat Al-Khasawneh, on the basis of the standard of review used by the majority. In Judge Al-Khasawneh's view, the test had to be the one of "cor-

---

[21] *Ibid.*, para. 398.
[22] *Ibid.*, para. 400.
[23] *Ibid.*, para 403.
[24] *Ibid.*, para. 510.
[25] *Ibid.*, paras. 232–234.
[26] *Ibid.*, para. 770. The Tribunal upheld the ABC conclusions concerning the southern boundaries and the grazing and other traditional rights.
[27] The lack of power of the Tribunal to declare the nullity of the act of another body was forcefully advocated by Judge Al-Kasawneh in its dissenting opinion.

rectness", and not the "low standard of review" chosen by the Tribunal, namely "reasonableness". According to the Judge:

> the award has chosen standards which, be they from commercial, investor-state or even from inter-State arbitration, are mostly subject to pre-existing treaty or institutional frameworks and are wholly unsuited to the present arbitration. The Award has reduced the scope of review to one ground, lack of reasoning, and even then it has reduced the standard of "reasoning" to formalisms which it has applied inconsistently.[28]

In addition, the arbitrator questions the standard of reasonableness in general terms, since the latter "is never a ready-made yardstick against which the limits of the Experts' (and others) powers to interpret can be objectively measured. Indeed it is often a false friend that gives the impression of an objective threshold where none exists".[29]

In our opinion, the standard of review adopted in the Award is correct for two main reasons.

Firstly, the differing methodology used by the ABC Experts in comparison to the one relied upon by the Tribunal[30] results in the attribution of limited review powers to the latter with respect to the decisions of the former. Had the parties intended to establish a body competent to review the "correctness" of the findings of the original authority, they would have established another body with the same expertise as the ABC or they would have explicitly endowed the arbitrators with such a power.

Secondly, the way chosen by the Tribunal to identify the existence of a general principle of law whereby only a limited review is allowed with respect to allegations of an excess of power mandate by another body is convincing. The majority appropriately refers to the relevant case-law emanating from both national and international arbitral as well as judicial bodies, paying special attention to

---

28 PCA, *Abyei Arbitration*, Dissenting Opinion, para. 171.

29 PCA, *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 182. The Dissenting Opinion, which is very articulated as to the standards of review adopted in the Award, also rejects the qualification of the ABC Experts (they were two historians, a political scientist, a former diplomat and a professor of African land law) as the "preferred arbiters of fact", *Abyei Arbitration*, Dissenting Opinion, esp. paras. 170 and 181. As a matter of fact, in their daily work, judges are required to adjudicate upon legal questions dealing with scientific and technical issues that presuppose knowledge that they do not possess. Yet, this does not prevent judges, including those of the International Court of Justice, to solve disputes without any special expertise in the subject-matter before them, *ibid*., para. 177. Moreover, the dissenting arbitrator objected to the merits of the ABC findings, arguing that the "territorial" interpretation of their mandate, whereby the Experts had to delimit the area of the nine Ngok Dinka chiefdoms transferred to Kordofan in 1905, was the correct one as opposed to the "tribal" interpretation, *ibid*., para. 182.

30 According to art. 3 of the Arbitration Agreement, the Tribunal had to apply the legal instruments and principles there specified, whereas pursuant to the art. 4 of the Appendix to the 2004 Protocol on Abyei, the ABC had to ground its determinations on "scientific analysis and research".

the jurisprudence of the International Court of Justice.[31] To such a case-law one might add the developments that are taking place within the human rights field, where a stricter standard of review of the decisions of the national authorities has been adopted by the European Court of Human Rights. A case is point is *A. and Others v United Kingdom*, where the Court stated that the test of "manifest unreasonableness"[32] was to be applied in the "unusual circumstances" where the highest domestic jurisdiction had already examined the issues before the Court. In such a situation, the Court "would be justified in reaching a contrary conclusion" only if satisfied that the national court had taken a stand that was "manifestly unreasonable".[33]

In short, the legal reasoning followed by the majority with respect to the standard of review in an excess of mandate case, especially where the Tribunal elaborates on the existence of a general principle of international law, is so composite and rigorous in point of law that it not only makes a solid foundation for the findings in the merits of the case. This part of the Award is also most likely to be applied by other international tribunals endowed with powers of review of the decision a different body.[34]

1.2. *The Law Applied by the Tribunal*

The other reason for criticism of the Award on Abyei that we analyse concerns the law applied by the Tribunal. Article 3 of the Arbitration Agreement establishes that the applicable law is the 2005 Comprehensive Peace Agreement, particularly the Abyei Protocol and the Abyei Appendix, the 2005 Interim National Constitution and the general principles of law and practices as the Tribunal may determine to be relevant. The article specifies that the Arbitration Agreement, which consolidates the Abyei Road Map of 8 June 2008 and the Memorandum of Understanding of 21 June 2008, shall also be applied by the Tribunal as binding on the parties.

The same rigorous legal reasoning that has characterised the analysis relating to the Tribunal's powers of review was followed by the arbitrators also with respect to applicable law. Indeed, the Tribunal thoroughly explained on what

---

[31] PCA, *Abyei Arbitration*, Final Award, paras. 402–403.

[32] European Court of Human Rights (ECtHR), *Case of A. and Others v United Kingdom*, Grand Chamber Judgment, 19 Feb. 2009, Application No. 3455/05, paras. 174 and 190.

[33] The question of the appropriateness of employing such a standard in the human rights field goes beyond the scope of this article but it might be one of the reasons leading the Abyei Tribunal to avoid referring to such a practice.

[34] In this sense V. Lowe and A. Tzanakopoulos, "The Abyei Arbitration", in Permanent Court of Arbitration, *The Abyei Arbitration (Sudan/Sudan People's Liberation Movement/Army) Award of 2009*, The Hague, TMC Asser Press, 2012, para. 64 and Bederman, "Abyei Arbitration", 73.

grounds international law was to play a "crucial role"[35] in the resolution of the dispute before it and then it consistently applied mainly general principles of international law as derived from the relevant practice.

It is noteworthy that, also with respect to applicable law, the Tribunal was conscious that its work was part of a peace process. The majority explained that the hierarchy of applicable law sources was to be adapted to the "specific context"[36] of the dispute consisting in the participation to the broader pacification of Sudan. In so doing, the arbitrators were going to be "particularly attentive to the wording, context, object and purpose of the Abyei Protocol, the Abyei Appendix, the Interim National Constitution and the Arbitration Agreement".[37]

The choice to favour the application of international law in the Abyei case was implicitly criticised by the dissenting arbitrator. As we have seen, the Dissenting Opinion focuses on the excess of formalism of the Award, as the latter "has reduced the scope of review to one ground, lack of reasoning, and even then it has reduced the standard of 'reasoning' to formalisms which it has applied inconsistently".[38] This Opinion advocates for a more flexible standard to complex and sensitive political disputes such as the one at issue. Notably:

> International law and indeed law in general sometimes provide only simple recipes for complex situations where populations and tribes intermingle and where the livelihood of certain groups transcends borders. In such cases, defensible compromises may sometimes bring more acceptable, more durable and indeed fairer solutions.[39]

This position may be viewed as suggesting that an *ex aequo et bono* adjudication was more suitable to the type of dispute opposing the Government of Sudan and the SPLM/A.[40] Actually, part of the doctrine has suggested that the Abyei

---

35 According to para. 427 of the Award, there are a number of "indications" that "the parties intended that international law play a crucial role in the resolution of this dispute". These "indications" are listed in paras. 428–433, namely: (1) the purpose of the ABC exercise was to determine a boundary that was, in posse, international; (2) the choice for a tipically international procedure, the Permanent Court of Arbitration Rules, administered by an international organization, the Permanent Court of Arbitration; (3) the widely shared understanding that reference to general principles of law in case of boundary disputes includes general principles of international law; (4) the extensive citation to international law in the parties' written and oral pleadings before the Tribunal; and (5) the parties' selection of arbitrators with expertise in public international law.

36 PCA, *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 435.

37 *Ibid*. On this question, see the remarks of A. Beaudouin, "La sentence arbitrale *Abyei* du 22 juillet 2009 (Gouvernement du Soudan, Mouvement/Armée Populaire de Libération du Soudan)", *Annuaire français de droit international*, 55, 2009, 310-312.

38 PCA, *Abyei Arbitration*, Dissenting Opinion, para. 171. See also para. 178.

39 *Ibid*., para. 202.

40 For a similar view, see J.J. Mason, "The Role of *Ex Aequo et Bono* in International Border Settlement: A Critique of the Sudanese Abyei Arbitration", *American Review of International Arbitration*, 20(4), 2009, 520.

Tribunal should have decided the dispute on the basis of *ex aequo et bono*, also failing an express provision to that effect in the Arbitration Agreement, because equitable principles are more appropriate for highly political disputes.[41] More specifically, according to this view, in the Abyei case the arbitrators were not asked to state who was wrong and who was right but rather to determine where the border between two warring parties should be.[42] In such a case "political determinations are desirable and even necessary".[43] In sum, a decision *ex aequo et bono* would be perceived as fairer in situations where "there are not only legal rights at stake, but political and economic interests not necessarily tied to legal rights".[44]

In order to better understand the above arguments, it is useful to refer to one precedent concerning the delimitation of a border between two warring parties by an arbitral tribunal, i.e., the Brčko Arbitration relating to Bosnia and Herzegovina.[45]

The mandate of the Brčko arbitral Tribunal was different from the Abyei one, as it consisted in the adjudication upon the "disputed portion of the Inter-Entity Boundary Line in the Brčko area indicated on the map attached at the Appendix" to the Annex 2 of the 1995 Dayton Peace Accords,[46] and not in the review of the mandate of another body. However, the Brčko arbitration is, like Abyei, inserted into the wider framework of a peace process concerning (also) a non-international armed conflict and formalized in a peace agreement. Most importantly, the Brčko arbitration is particularly pertinent to the present enquiry as the Tribunal was expressly requested to apply the "relevant legal and equitable principles",[47] hence a determination on the basis of equity would not have been *ultra vires*.

---

[41] Numerous arbitrations concerning boundary and territorial disputes have been solved by using equity, J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1998, 101.

[42] Mason, "The Role of *Ex Aequo et Bono* in International Border Settlement" 535.

[43] *Ibid.*

[44] *Ibid.*, 537.

[45] The applicability of the principle *ex aequo et bono* was expressly excluded in art. 4(2) of the 2000 Algiers Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Eritrea, signed on 12 December 2000. The Agreement inter alia sets up the Ethiopia-Eritrea Boundary Commission mandated to delimit the boundaries between the two countries after the 1998-2000 armed conflict. The text of the Agreement is available at: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1150.

[46] According to art. V of Annex 2 of the 1995 Dayton Peace Accords, "The Parties agree to binding arbitration of the disputed portion of the Inter-Entity Boundary Line in the Brčko area indicated on the map attached at the Appendix". The text of the Accords is available at: http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=380.

[47] In addition, the Tribunal had to apply the UNCITRAL rules of arbitration and not the PCA rules.

Remarkably, in the first Award of 14 February 1997, the Brčko Tribunal decided not to delimit the boundary line but to devise the details of a regime of international supervision over the disputed area. The Tribunal motivated the choice for this course of action by arguing that limiting its work to the delimitation of the exact borders of the disputed area would have "seriously understate[d] the scope of this dispute".[48] Actually, the arbitrators stressed that the dispute before them was inserted in the context of the Dayton Accords. In particular:

> In the Dayton Accords, the parties to this arbitration accepted many substantial undertakings, including measures designed to control arms, to provide freedom of movement throughout Bosnia and Herzegovina [...]. In addition, the parties created several institutions and structures through which the international community is to play important roles in facilitating and ensuring the observance and implementation of these obligations. This context justifies an interpretation of Annex 2, Article V that permits the Tribunal to frame an Award that calls for international assistance and obligates the parties to cooperate in the prescribed programs. The Dayton Accords are replete with provisions of a similar character, the implementation of which requires involvement by entities not party to the accords. This interpretation also seems most in harmony with the object and purpose of the Dayton Accords, which is ultimately to ease existing tensions, restore security in the region, and thus bring about lasting peace.[49]

In sum, it was clear that "while the arbitrators' mandate derive[d] from an agreement signed by the parties, the Tribunal's work [wa]s of broad international interest and concern."[50]

This line of reasoning was clarified in the Supplemental Award of 15 March 1998, where the Brčko tribunal affirmed that:

> Under those Accords this Tribunal has a duty to allocate political responsibilities in the Brčko area in such a way as to give the fullest possible effect to Dayton's commands for [...] the democratization of the political process—all in the interests of regional and international peace.[51]

---

[48] Arbitral Tribunal for Dispute over Inter-entity boundary in Brčko area (Brčko Arbitral Tribunal), *Arbitration for the Brčko Area (The Republika Srpska v.The Federation of Bosnia and Herzegovina)*, First Award, 14 Feb. 1997, para. 98 available at: http://www.ohr.int/ohr-offices/brcko/default.asp?content_id=5327.

[49] *Ibid*., paras. 98–99.

[50] *Ibid*., para. 100. It added that "Security Council resolutions and international agreements concluded after the entry into force of the Dayton Accords offer additional support for taking a broad view of the Tribunal's mandate and underscore the parties' obligation to honor this Award. Such statements by the Security Council are authoritative statements of the will and expectations of the international community regarding implementation of the Dayton Accords. Since they were adopted under Chapter VII, they have binding legal force to the extent provided by their terms. They can appropriately be taken into account by the Tribunal in construing Article V and in assessing the scope of its mandate", para. 100.

[51] Brčko Arbitral Tribunal, *Arbitration for the Brčko Area*, Supplemental Award, para. 2.

The Final Award transformed the former Brčko municipality into the Brčko District under the exclusive sovereignty of Bosnia and Herzegovina but with its independent and democratically elected institutions.[52] The choice relating to the establishment of a regime of international supervision over the disputed territory was made possible by the provision that the tribunal had to apply merely the "relevant legal and equitable principles", thus leaving to the arbitrators a wide margin of discretion on the way to address the question of the disputed portion of the said area.[53]

The Tribunal was aware that this course of action was not unanimously considered as appropriate,[54] but discarded any objection by relying on the "unique qualities" of the case, namely the circumstance that the case "inherently encompasse[d] political considerations, requiring as it d[id] that the Tribunal allocate political responsibilities between the Entities in a manner that w[ould] advance the goals of Dayton".[55]

For our purpose, it is significant that the Award was strongly criticised by one of the parties, the Republika Srpska, despite the express powers afforded to the Tribunal to decide *ex aequo et bono*.

Although the end result pursued by the Brčko Tribunal may be worth praising from a political point of view, in legal terms the chosen approach appears debatable.[56] While in principle it was correct to insert the work of the Tribunal into the wider context of the peace agreement, the latter did not endow the arbitrators with the specific task to "maximize the parties' compliance with the Dayton Accords".[57] The Accords more modestly limited the competence of the Arbitral Tribunal to the application of some parts of Annex 2 to the Accords.

---

[52] Brčko Arbitral Tribunal, *Arbitration for the Brčko Area*, Final Award, 5 March 1999, available at http://www.ohr.int/print/?content_id=42738.

[53] See Brčko Arbitral Tribunal, *Arbitration for the Brčko Area*, Supplemental Award, para. 96, where the Tribunal affirmed that "the text of Annex 2 does not set limits on the measures the Tribunal may use in its resolution of this dispute. Rather, Annex 2 is framed in broad terms that can reasonably be read to authorize the Tribunal to frame an award that, based upon the facts and the legal and equitable considerations involved, will effectively ease the tensions from which the dispute arises and protect the interests of the people of Brčko". According to para. 97: "This view is strongly supported by Article V(3)'s specific reference to 'equitable principles', which allows the arbitrators to give effect to considerations of fairness, justice and reasonableness in the award. Not being required to proceed solely on the basis of legal rules, the Tribunal is authorized to render an award that, in its view, best reflects and protects the overall interests of the parties and that has the strongest likelihood of promoting a long-term peaceful solution".

[54] The authorities of the Republika Srpska criticized the awards for *excès de pouvoir*, as the Tribunal was tasked only to draw the boundaries of the disputed territory on a map, see e.g. the First Award of 1997, para. 14.

[55] Brčko Arbitral Tribunal, *Arbitration for the Brčko Area*, Supplemental Award, para. 19.

[56] For the critiques to the work of the Brčko Arbitral Tribunal see C. Copeland, "The Use of Arbitration to Settle Territorial Disputes", *Fordham Law Review*, 67, 1999, 3092–3102.

[57] Brčko Arbitral Tribunal, *Arbitration for the Brčko Area*, Supplemental Award, para. 3.

This Annex, comprising of five articles and two final provisions only, almost exclusively[58] deals with the delineation and marking of the Inter-Entity Boundary Line between the Inter-Entity Boundary Line. It is only Article V of the Annex, entitled "Arbitration for the Brčko Area", that refers to an arbitral tribunal in the following terms: "The Parties agree to binding arbitration of the disputed portion of the Inter-Entity Boundary Line in the Brčko area indicated on the map attached at the Appendix".

In short, in our view the path taken in the Brčko awards testifies to the confusion between the arbitration objective to contribute to the pacification of Bosnia and Herzegovina and the law the Tribunal was asked apply, namely the "relevant legal and equitable principles".[59]

It is submitted that a similar confusion between the purpose of the arbitration and the law applicable characterises the idea that, had the Abyei Tribunal decided the dispute on the basis of equity, its contribution to peace would have been more relevant. Besides this, failing an express provision in the Arbitration Agreement empowering the Tribunal to apply the *ex aequo et bono* principle, any such stance taken by the Tribunal would have be deemed as exceeding its mandate.[60] Hence, it is difficult to accept the view that the Abyei Tribunal ought to have decided the dispute on the basis of *ex aequo et bono*.[61]

1.3. *Concluding Remarks*

In light of the above, one is bound to conclude that the standard of review adopted by the Abyei Tribunal and the latter's decision not to resort to equity do not constitute a solid ground to undermine the legal authoritativeness to the Award. Indeed, the award is remarkable in that it makes a very significant contribution to international law under many respects.[62]

---

[58] One article is devoted to the transfer of authority form one Entity to the other that might have affected some areas along the Line (art. VI).

[59] The same criticism has been put forward by Schreuer, "The Brčko Award", 76. However, the author then seems to accept the award for lack of "attractive alternatives": "The Award, as unorthodox as it is, constitutes an attempt to implement the Dayton principles without changing the de facto boundary", *Ibid*., 80.

[60] It shall be recalled that claims relating to *excès de pouvoir* concerning the delimitation of boundaries have been addressed also to the International Court of Justice in the case of the *Arbitral Award of 31 July 1989* (*Guinea-Bissau v. Senegal*), I.C.J. Reports 1991, 52, for failing to draw a line on a map concerning the delimitation of the exclusive economic zone as requested for in the arbitral agreement (see the Dissenting Opinions annexed to the judgment).

[61] Another critique relating to applicable law concerns the inadequate use of the Interim National Constitution on the part of the Tribunal, see M. Böckenförde, "The Abyei Award: Fitting a Diplomatic Square Peg into a Legal Round Hole", *Leiden Journal of International Law*, 23(3), 2010, 555–569.

[62] As a matter of fact the Abyei Award has attracted the attention of a conspicuous number of scholars, whose comments on the Award are often cited to in this article, as well

As a consequence, the reasons for the lack of execution of the Abyei Award appear to be purely of a political nature. Actually, it is often affirmed that failure to implement an arbitral decision is due to lack of bona fide of one or both parties to the dispute. Though in most cases this statement is probably accurate, the lack of bona fide may be difficult to ascertain when the party (or parties) refusing execution advances sound legal arguments or does not at all voice its objections to the decision. Furthermore, this statement focuses on a phase that technically is not covered by the arbitral procedure, namely the execution of the award. A better approach to the question is to discuss whether the features of international arbitration allow the latter to contribute to a peace process.

2. Is International Arbitration A Tool Capable of Contributing to a Peace Process?

In order to establish if international arbitration is a tool capable of contributing to a peace process, we must point to the general features of international arbitration, i.e., (2.1) the tools of arbitration: flexible formality; and (2.2) the function of arbitration: *jus-dicere* or facilitating the resolution of the dispute. Though strictly speaking not comprised within the arbitral function, also the analysis of the aftermath of arbitration, namely the mechanisms for enforcing the award (2.3), may help shedding light on the question under examination.

2.1. *The Tools of Arbitration: Flexible Formality*

Arbitration is more flexible than adjudication but at the same time more formalised than the diplomatic methods of dispute resolutions. The space that arbitration leaves to party autonomy is aimed at avoiding objections based on the procedural aspects of the work of the Tribunal and the substance of award. At the same time, the freedom of the parties when drafting an arbitration agreement is counterbalanced by the legal obligation to abide by the award.

Obviously, flexibility in arbitration is a useful tool to the extent that it is appropriately resorted to by the parties. This means that the type and degree of flexibility have tobe tailored upon the nature of the dispute and the context in which it is inserted. With respect to an arbitration proceeding aimed at delimiting the boundaries as part of a process of pacification, publicity to the proceedings is certainly one of the most important aspects of flexibility.

The parties to the Abyei arbitration made a clear choice in favour of the outmost degree of publicity to the proceedings that aimed at solving the cause of the armed conflict. The PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two

---

as the OGEMID's Award for Arbitration Decision of the year 2009 (see K. Karadelis, "Abyei and Hrvatska Win OGEMID Awards', *Global Arbitration Review*, 8 Jan. 2010).

Parties of Which Only One is a State, which with respect to publicity merely allows for hearings to be held in camera and the award to be kept confidential unless the parties decide otherwise,[63] were modified in the Abyei Arbitration Agreement under several respects. First, both the Arbitration Agreement and the award were to be deposited with the states and the international organizations whose representatives had signed the 2005 Comprehensive Peace Agreement as witnesses as well as the Chairman of the commission competent to monitor the implementation of the Agreement.[64] Second, the oral hearings, the parties' submissions and the final award were to be made publicly available on the PCA website.[65] Third, the PCA was authorised to issue periodic press releases regarding the progress of the proceedings.[66]

This far-fetched degree of transparency opted for by the parties to an arbitration where one party is a non-state actor tallied with the attention paid by the PCA to guarantee publicity at any stage of the proceedings. Press releases were periodically issued by the PCA and both the oral pleadings and the rendering of the award were webcast live.[67]

This degree of publicity, that neither the Brčko arbitral Tribunal[68] nor the Ethiopia-Eritrea Boundary Commission[69] had been authorized to reach,[70] was certainly justified by the nature of the dispute that involved not only the parties to the proceedings but entire populations. In this respect the Abyei Award is telling:

> By constituting these proceedings, the Parties have accorded to this Tribunal a crucial role within the greater Sudanese peace process – a process that seeks to end the long conflict between North and South that has affected all of Sudan. Conscious of its paramount obligation to the people within and around the Abyei Area (particularly the needs of the Misseriya and the Ngok Dinka) and to the Sudanese *people* themselves,

---

63 Art. 25(4) and art. 32(5) of the PCA Rules.

64 Art. 12(2) and art. 9(4) of the Arbitration Agreement.

65 Art. 8(6) and 9(3) of the Arbitration Agreement.

66 Art. 8(6) of the Arbitration Agreement.

67 PCA, *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 80.

68 Concerning the publicity of the proceedings the relevant UNCITRAL Arbitration Rules that the Brčko Tribunal was mandated to apply, affirms in general terms that "the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate" (art. 15(1)), whereas in relation to the award it is expressly stated that it may be made public only with the consent of both parties (art. 32(5)).

69 The 2000 Agreement between Ethiopia and Eritrea establishing the Boundary Commission merely provides that "Upon reaching a final decision regarding delimitation of the borders, the Commission shall transmit its decision to the parties and Secretaries General of the OAU and the United Nations for publication" (art. 4(13)).

70 For other (rare) examples of parties opting for publicity in arbitral proceedings see F. Baetens & R. Yotova, "The Abyei Arbitration: A Model Procedure for Intra-State Dispute Settlement in Resource-Rich Conflict Areas?", *Goettingen Journal of International Law*, 3(1), 2011, 434.

> this Tribunal has done its utmost to contribute, through the task assigned to it, to a peaceful resolution of the bitter conflict over the Abyei Area within the time limits prescribed by the Arbitration Agreement and strictly within the confines of its mandate' (emphasis added).[71]

Furthermore, publicity is most suited to the African context, where disputes are traditionally handled orally and not in secret.[72]

2.2. *The Function of Arbitration*: Jus-dicere *or Facilitating the Resolution of the Dispute?*

The fact that arbitration is one method of dispute settlement does not necessarily mean that arbitrators can and/or should actively engage in seeking a final *political* solution to the differences opposing the parties. It is well-known that, unlike the other peaceful resolution techniques such as mediation or conciliation, arbitration offers (only) the *legal* solution to the dispute before it.[73]

Despite this, when dealing with a long-term and highly divisive conflict, one is bound to wonder whether the function of arbitration should go beyond giving the legal solution to the dispute and attempt to extinguish it. The question is not new and there are well-known cases where this additional function has been granted to international arbitration. For example, in the boundary dispute between Egypt and Israel regarding the Taba area, the arbitral tribunal was also asked "to explore the possibilities of a settlement of a dispute".[74] The main arguments in favour of the consolidation of this approach are the increased efficiency and greater flexibility of the dispute settlement process as a whole,[75] and the higher possibilities

---

[71] PCA, *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 767.

[72] On the more general issue concerning the suitability of highly formalised peaceful resolution methods to the African context see E. Torgbor, "Constructive Dispute and Conflict Resolution: A Technique for Resolving Serious Conflicts in Africa", *Arbitration International*, 25(1), 2009, 121–132.

[73] Merills, *International Dispute Settlement*, 88.

[74] See the *Egypt-Israel Arbitration Tribunal: Award in Boundary Dispute Concerning the Taba Area*, 27 ILM, 1988, 1421. the case is cited in the *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 459. On this issue, both the Permanent Court of International Justice (PCIJ) and the ICJ seem to take an open stand. For example, in the *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)*, ICJ Reports 2000, 119, para. 52, the ICJ reiterated the position taken in 1929 by the PCIJ in the case concerning the *Free Zones of Upper Savoy under the District of Gex*, Order of 19 August 1929, PCIJ, Series A. No. 22, 13, according to which "the judicial settlement of international disputes, with a view to which the Court has been established, is simply an alternative to the direct and friendly settlement of such disputes between the Parties; [. . .] consequently it is for the Court to facilitate, so far as is compatible with its Statute, such direct and friendly settlement".

[75] B. Ehle, "The Arbitrator as a *Settlement Facilitator*", in O. Caprasse *et al.* (eds.), *Walking a Thin Line: What an Arbitrator Can Do, Must Do or Must Not Do: Recent Developments and Trends*, Brussels, Bruylant, 2010, 85–86.

of the award being accepted even if the settlement negotiations fail.[76] The main shortcoming consists in the risks that the arbitrators are no longer perceived as impartial if their endeavours to facilitate the political settlement fail.[77]

It is notable that also those who opt for the extensive function of arbitration acknowledge that several safeguards should be observed in case arbitration is used with a view to extinguishing a dispute and not merely offering the legal solution to it, the main one being the prior written consent of the parties to this effect. In presence of written consent, the arbitrators can actively engage in facilitating an extra-judicial settlement of the dispute that, if successful, would avoid rendering the final award.[78]

Turning to the Abyei Arbitration, the Government of Sudan and the SPLM/A have not expressed such consent in writing and the applicable PCA Rules merely provide that a negotiated settlement is a ground for termination of the arbitrators' task.[79]

The Abyei traditional arbitration mandate, i.e. a mandate not including assistance to the parties to definitively settle their dispute, should not lead to conclude that the combination of arbitrator and settlement facilitator in an armed conflict are mutually exclusive tasks. On the contrary, the black letter of some recent peace agreements addressing the causes of intra-state conflicts may appear to show that arbitration powers are often delegated by the warring parties to ad hoc bodies combining both functions.

A case in point is the Arusha Peace and Reconciliation Agreement for Burundi signed on 28 August 2000 by the Government of Burundi, the National Assembly and a number of political parties.[80] Article 3(1) of the Protocol V forming part of the Arusha Agreement and entitled "Guarantees on Implementation of the Agreement" entrusts the Implementation Monitoring Committee with the task, among others, to "reconcile points of view" and also to "arbitrate and rule any dispute that may arise among the signatories".

Likewise, article 3 of Annex IV to the Global and Inclusive Agreement on Transition in the Democratic Republic of Congo, signed on 16 December 2002,[81]

---

[76] This occurs when the issues at stake may have been narrowed down during the negotiations. *Ibid.*, 86.

[77] *Ibid.*, 86.

[78] *Ibid.*, 88ff.

[79] According to art. 34(1), of the PCA Rules applicable to the case: "1. If, before the Award is made, the parties agree on a settlement of the dispute, the arbitral tribunal shall either issue an order for the termination of the arbitral proceedings or, if requested by both parties and accepted by the tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms". As already remarked, the Abyei Tribunal was aware that its task was inserted into a peace process framework.

[80] Arusha Peace and Reconciliation Agreement for Burundi of 28 August 2000, available at: http://peacemaker.unlb.org.

[81] The agreement was signed by the Government of the Democratic Republic of the Congo, the Congolese Rally for Democracy (RCD), the Movement for the Liberation

establishes an ad hoc commission with seemingly arbitral powers. Specifically, an "international committee shall arbitrate and make a decision in any disagreement that may arise between the Parties to this Agreement".

Also in the terms of the Ouagadougou Political Agreement of 4 March 2007 concerning the pacification in Ivory Coast,[82] "the Parties agree to refer to arbitration by the Facilitator any dispute that may arise from the interpretation or implementation of the present Agreement".[83]

Despite the use of the word "arbitration", the function to be discharged by the ad hoc bodies does not necessarily justify the conclusion that the parties to the above mentioned peace agreements intended to resort exclusively to arbitration—and probably not even to arbitration proper. The function of these bodies apparently consists in a combination of fact-finding, conciliation and arbitration activities. As a matter of fact, the bodies empowered to "arbitrate" do not seem to be able to issue a judgment but only a report with non-binding legal effects.[84]

The composition of the bodies competent to "arbitrate" pursuant to the abovementioned peace agreements confirms the blend of fact-finding, conciliatory and arbitral nature of the function they are endowed with. Such bodies are collective in nature, in that they are formed by the representatives of the parties to the agreement as well as a third party (usually the state or the international organization that has facilitated the negotiations and assisted the parties in drafting

---

of the Congo (MLC), the political opposition, civil society, the Congolese Rally for Democracy/Liberation Movement (RDC/ML), the Congolese Rally for Democracy/National (RCD/N), and the Mai-Mai.

82 The agreement was signed by the President of the Republic of Côte d'Ivoire, the Secretary-General of Forces Nouvelles of the Republic of Côte d'Ivoire, and the President of Burkina Faso and Chairman of ECOWAS as the Facilitator.

83 Art. 8(1) of the Agreement. The Security Council has followed these developments; see UN Security Council, *Resolution 1765*, UN Doc. S/RES/1765 (2007), 16 July 2007, para. 10, according to which the Security Council "Encourages the Facilitator, President Blaise Compaoré, to continue to support the process to settle the crisis in Côte d'Ivoire, welcomes his decision to appoint a special representative in Abidjan to follow up on the Ouagadougou political Agreement, and requests UNOCI to assist him in the conduct of the facilitation, including by helping him, as appropriate and upon his request, to carry out his arbitration role according to the provisions of paragraph 8.1 of the Ouagadougou political Agreement."

84 For example, on the strength of art. 3(3)(b), of the 2000 Arusha Peace and Reconcialiation Agreement for Burundi, the Implementation Monitoring Committee "shall possess the requisite authority and decision-making powers to perform its functions impartially, neutrally and effectively". However the value of the Committee's findings is unclear, since art. 3(3)(c) only provides that "the decisions of the Committee shall be taken by the Parties, by consensus or failing that by a four-fifths majority." This practice contrasts with the tasks of the Abyei Boundary Commission that was competent to issue a report, not a legal award, that was nonetheless "final and binding on the Parties", (art. 5 of Appendix to Protocol on Abyei).

the agreement), without the need for any of the members to possess any legal knowledge. Indeed, the discharge of functions pertaining to the diplomatic methods of dispute resolution requires, unlike arbitration, political skills rather than legal ones.

2.3. *The Aftermath of Arbitration: Mechanisms for Enforcing the Award*

The Arbitration Agreement between the Government of Sudan and the SPLM/A provides that the "final arbitration award" shall be ensured "immediate execution" by the Presidency of the Republic of Sudan.[85] Pursuant to the 2005 Interim National Constitution, the Presidency is a collegial decision-making body made up by the President of the Republic and two Vice-Presidents, one from South Sudan and the other from North Sudan, appointed by the President.[86] Hence, the execution of the Award is deferred to an entity where both parties to the dispute are represented.

With no enforcement mechanism devised in the Arbitration Agreement on Abyei, the implementation of the Award was left in the hands of the parties. In fact, upon issuing the Award, the Tribunal reminded the disputants of their commitment to give immediate execution to the arbitrators' final decision, including through the appointment of a survey team to demarcate the Abyei area as delimited by the Award.[87]

It is worth emphasising that by entrusting the parties with the responsibility to execute the Award, the Abyei Arbitration Agreement did not deprive the Tribunal of any power typically connected with the arbitral function. The lack of provisions concerning the enforcement of an award is a common feature to

---

[85] According to art. 5 of the Agreement, "The Parties agree to waive any right of immunity from execution of the arbitration award that either Party might be entitled to. However, the Presidency of the Republic of Sudan shall ensure the immediate execution of the final arbitration award". From the wording of this provision, and especially from the fact that the term 'however' creates a contrast with the sentence preceding it, it may be inferred that the award is considered international in nature with immediate effects for both parties, and that its execution shall be ensured by the Presidency of the Republic of Sudan.

[86] Pursuant to art. 62(1) of the Interim National Constitution, which forms an integral part of the Comprehensive Peace Agreement, "If the elected President is from the North, the position of the First Vice President shall be filled by the person who has been elected to the post of President of Government of Southern Sudan, as the President's appointee to the said position. In the event that a person from the South wins the Presidential elections, the elected President shall appoint the First Vice President from the North upon the recommendation of the party that won the highest number of northern seats in the National Assembly."

[87] PCA, *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 769.

arbitral tribunals not dealing with commercial or economic disputes.[88] The only relevant treaty provision is article 82 of the 1907 Convention on the Pacific Settlement of International Disputes, according to which any dispute relating to the interpretation or execution of an award shall, in the absence of an agreement to the contrary, be submitted to the arbitral tribunal that pronounced it. Turning to the PCA Rules to be applied by the Tribunal, they only state that "The parties undertake to carry out the Award without delay".[89] In light of the above, unless the parties expressly provide in the arbitral compromise or another agreement for a specific enforcement mechanism by a third party, the execution of the arbitral award rests on the good will of the disputants.

The above raises the question of the opportunity to rely on the parties to a dispute for the execution of an award that addresses the causes underlying an armed conflict.[90]

Obviously in these cases there are arguments militating in favour of the attribution of enforcement powers to the arbitration tribunal. These chiefly consist in the enhanced efficiency of the arbitral proceedings. Nevertheless, it should be stressed that the blending of the *jus-dicere* and the enforcement function is not always conducive to the expected results. In the Brčko arbitration, the Tribunal unorthodoxically established penalties for non-compliance with its decisions that included modification of the final award by the Tribunal itself in order to transfer the area entirely out of the territory of the non-complying entity and place it within the exclusive control of the other.[91] This was certainly an example of a creative approach to dispute settlement but it was not sufficient to induce the prompt execution of the award.[92]

---

[88] Normally commercial arbitration agreements require domestic courts to enforce the award (see the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 UNTS 38, 10 Jun. 1958 (entry into force: 7 Jun. 1959)). The Ethiopia-Eritrea Boundary Commission was able to follow through the implementation of the award as it was also tasked to "arrange for expeditious demarcation" (pursuant to art. 13 of the 200 Agreement, see above footnote 44, "Upon reaching a final decision regarding delimitation of the borders, the Commission shall transmit its decision to the parties and Secretaries General of the OAU and the United Nations for publication, and the Commission shall arrange for expeditious demarcation." Moreover, in the terms of art. 15, "Each party shall respect the border so determined, as well as territorial integrity and sovereignty of the other party").

[89] Art. 32(2) of the PCA Rules.

[90] Past practice relating to ad hoc arbitration addressing the causes underlying an armed conflict, namely the Brčko Arbitration and the work of the Ethiopia-Eritrea Boundary Commission, bear witness to the fact that reliance on the good will of the parties in a context of fierce opposition between them rarely leads to the successful execution of the award.

[91] Brčko Arbitral Tribunal, *Arbitration for the Brčko Area*, Final Award, para. 68.

[92] For the instances of non-compliance see the Office of the High Representative in Bosnia and Herzegovina, Press Release, "Brčko Supervisor Reports Serious Non-Compliance

In general terms, it is important to emphasise that the arbitral and the enforcement functions require differing competence and resources. This explains why these functions are usually kept separated and should most probably remain so.

The above considerations should not take us to conclude that, failing the political will of the parties, an arbitral award concerning a politically sensitive dispute is doomed to remain on paper. On the opposite, there are both legal and political ways to facilitate the execution of an award. Legally speaking, providing for remedies for the aggrieved party may be a solution, although this approach may open the way for a long-lasting string of legal proceedings. The pressure from third states and international organizations, eventually coupled with the invocation of the responsibility of the non-abiding party under international law,[93] appears as a more effective means to enforce compliance with an arbitration decision. Indeed, past practice shows the relevant efforts made by the international community to ensure compliance with an arbitral decision connected to a peace process. For example, in *Resolution 1103* (1997), the Security Council reminded the parties to the Brčko arbitration of their obligation to implement the award without delay. In addition, a Brčko implementation conference was convened shortly after the first award and made proposals for the execution of that decision.[94] The Security Council has also passed a number of resolutions reminding Ethiopia and Eritrea of their commitment to abide by the award of the Boundary Commission.[95]

Turning to the implementation of the Award on Abyei, the parties endorsed the Award[96] and established the boundary demarcation committee with a view to executing the Tribunal's findings. However, the parties' plan to demarcate the boundary was not respected.[97] In May 2011 harsh armed confrontation broke

---

with the Final Award and subsidises the cost of electricity supply in Brčko District", 30 June 2010, available at: http://www.ohr.int/print/?content_id=45110. The Ethiopia-Eritrea Boundary Commission did not have enforcement powers but a mandate extending up to the phase of implementation of the award. Yet not even this power allowed the Commission to succeed in having the award promptly executed, see *Report of the Secretary-General on Ethiopia and Eritrea, (Eritrea-Ethiopia Boundary Commission: twenty-second report on the work of the Commission, Annex II)*, UN Doc., S/2007/33, 22 Jan. 2007, 11ff. For details on the proceedings and on the involvement of the international community see *Special Report of the Secretary General on the United Nations Mission in Ethiopia and Eritrea*, UN Doc. S/2008/226, 7 Apr. 2008.

93 The responsibility under international law arises in case the non-complying party is a State. It remains to be seen whether a similar responsibility may be invoked for non-compliance by a non-state entity, including an armed opposition group such as was the SPLM/A at the time of rendering of the Abyei Award.

94 See Press Release, Security Council authorizes increase in strength of UNMIBH, UN Doc. SC/6350, 31 Mar. 1997, and Schreuer, "The Brčko Award", 80.

95 E.g. see UN Security Council, *Resolution 1827*, UN Doc. S/RES/1827 (2008), 30 Jul. 2008.

96 See note 9 above.

97 *Report of the Secretary-General on the situation in Abyei*, UN Doc. S/2011/451, 26 Jan. 2011, para. 23, where the Secretary-General calls for a solution to the status of Abyei in

out again in the Abyei area[98] and only through international mediation did the conflicting parties arrive to the written agreement of 20 June 2011. There they pledged, inter alia, to respect the borders as determined by the Tribunal.[99] The Security Council welcomed the agreement and, in compliance with the parties' request, established the UN Interim Security Force for Abyei with the task to monitor the implementation of the agreement's provisions. This notwithstanding, as of November 2012 the demarcation of some parts of the Abyei area remains contentious.[100] Also the reiterated efforts of the African Union aimed at finding a political solution to the Abyei question have so far not been conducive to the final demarcation of the boundaries between the Republic of Sudan and South Sudan.[101] At the time of writing, while South Sudan has become independent through the January 9, 2011 referendum, the referendum on the status of Abyei that, according to the 2005 Comprehensive Peace Agreement was due to be held "simultaneously" with the one for Southern Sudan has not yet taken place.

3. Conclusion: What may be Asked from an Arbitration Tribunal Acting in the Context of a Peace Process?

No strong reasons grounded on law can justify, at least with respect to the standard of review adopted by the Tribunal and the law it applied, the failure of the parties to execute the Abyei Award. This negative record rather seems to be

accordance with the Comprehensive Peace Agreement and the principles of the Permanent Court of Arbitration.

98 *Report of the Secretary-General on the situation in Abyei*, UN Doc. S/2011/451.

99 Temporary Arrangement for the Administration and Security of Abyei, 20 June 2011. Pursuant to art. 2 of the Agreement: "The provisions of this Agreement shall not prejudge the final status of Abyei Area whose borders have been defined by the Permanent Court of Arbitration". At the time of the signing of the agreement only four of the planned 26 beacons indicating the area of Abyei had been erected and these were all in the southern uncontested area of the territory (Craze, "Conflict Dynamics in Abyei", 18).

100 See UN Security Council, *Resolution 2075*, S/RES/2075 (2012), 16 November 2012, where the UN body called on the Republic of Sudan and Southern Sudan to resume negotiations with a view to reaching an agreement, among others, on the demarcation of the disputed parts of the Abyei area. Cf. also C. Daase, "Peace Agreements between State and Non-state Parties and Alternative Dispute Settlement: Lessons Learned from the Abyei Arbitration", in T. Marauhn & H. Elliesie (eds.) *Legal Transformation in Northern Africa and the South of Sudan*, The Hague, Eleven Int. Publishing (forthcoming).

101 On 27 September 2012, the Republic of Sudan and the Republic of South Sudan reached a series of agreements including one agreement on borders issues (the text of the agreement is available at: http://www.rssnegotiationteam.org/borders.html). However, on the eve of the signing the Republic of Sudan rejected the African Union proposal concerning Abyei ("Sudan turns down mediation's proposal to settle Abyei issue", *Sudan Tribune*, 25 Sep. 2012, available at: http://www.sudantribune.com/spip.php?article44014).

attributed to the wider context in which the Award is inserted, namely the conflict over the resource-rich area of Abyei that is disputed between the Republic of Sudan and the newly created state of South Sudan. In other words, the decision of the arbitral Tribunal on Abyei can only be appraised against the background of an ongoing peace process.

Clearly, the highly sensitive political issue before the Tribunal was not liable to be solved through international arbitration only. Arbitration offers a *legal* response to the dispute, and for this reason it possibly pushes the parties to advance towards peace, but it is not necessarily by itself capable of removing the underlying causes of conflict nor should it be expected to do so.

It is well known that the main advantage of arbitration is that it relies on a well-developed procedural and substantive body of law. Indeed,

> Parties who agree to arbitrate non-commercial, political disputes need to recognize that a political outcome is not, or at least should not be, the objective of this process. Other dispute resolution mechanisms permit a politically-motivated, compromise result. Arbitration only permits, or ought only to permit, an outcome that up-holds the rule of law.[102]

For this reason we believe that the dissenting arbitrator is wrong when he affirms that: "the Tribunal could have been a peacemaker had it realised the obvious fact that peace-making is more difficult than law-making and judgment drafting".[103]

Equally mistaken is the majority's assertion that "with this Award a distinct stage in the peace process comes to an end".[104] This is wishful (political) thinking that cannot be easily brought back within the legal framework of an arbitration procedure.[105] Actually, as authoritatively stated by the International Court of Justice in a case that concerned an armed conflict:

> the task of the Court must be to respond, on the basis of international law, to the particular legal dispute brought before it. As it interprets and applies the law, it will be mindful of context [a context of armed conflict], but its task cannot go beyond that.[106]

Does this mean that any award concerning disputes involving delicate political interests are bound to remain unexecuted failing the political will by the parties to implement it?

---

[102] W. Miles & D. Mallett, "The Abyei Arbitration and the Use of Arbitration to Resolve Inter-state and Intra-state Conflicts", *Journal of International Dispute Settlement*, 1(2), 2010, 339.

[103] PCA, *Abyei Arbitration*, Dissenting Opinion, para. 203.

[104] PCA, *Abyei Arbitration*, Final Award, para. 768.

[105] Though probably not appropriate this is certainly not an *ultra petita* statement.

[106] ICJ, *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment (merits), I.C.J. Reports 2005, para. 26.

The answer is in the negative to the extent that third states and international organizations put pressure through diplomatic means and/or enforcement actions on the law-violating party. The ways the international community may find to achieve this are varied. For example, the enforcement powers displayed by the arbitral tribunal established by the 1995 Dayton Peace Accords to determine the boundaries of the Brčko area in Bosnia and Herzegovina provide an inventive solution to a very sensitive political dispute.[107] Nevertheless, one cannot expect from arbitration those results that this legal tool is unable to achieve. It would be unfair to ask from ad hoc arbitration concerning highly sensitive political issues the same implementation record obtained in commercial arbitration, not only because of the different material object of the dispute but also on account of the existence of a specific judicial enforcement mechanism for commercial disputes.[108]

In sum, arbitration can be a useful dispute resolution tool addressing the causes of an armed conflict provided one does not lose sight of the role of arbitration that consists in the search for a *legal* solution to the controversy and not to extinguish the factual context giving rise to the dispute. As far as the demarcation of the Abyei boundaries are concerned, the parties know what the law has to say. They bear the primary responsibility for implementing the Abyei Award, while third states and international organizations should continue to put pressure on them to come out of *l'enfer de la guerre*.[109]

---

[107] See above Part 2.3.

[108] See note 88 above.

[109] P.-M. Dupuy, "L'enfer et le paradigme: Libres propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l'objectif idéal du maintien de la paix", in *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, 187–200.

CHAPITRE VINGT-NEUF

NOMINATION ET ÉLECTION DES JUGES À LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Antonio Remiro Brotóns*

Il existe un rapport très étroit entre la composition d'un tribunal et sa légitimité. En effet, aussi bien les tribunaux internationaux en tant que « instance collégiale » que les juges que la composent, doivent être capables et indépendants, et ne sauraient être perçus par les citoyens autrement. Il est donc de toute importance le choix de la méthode et le procédé de leur sélection pour parvenir à cette fin[1]. La Cour internationale de justice n'échappe pas à ces considérations.

Bien que ce sujet ait toujours donné lieu à des réflexions individuelles et collectives, il est certain que la vaste floraison récente de tribunaux internationaux a produit un nouvel élan à l'intérêt à la question, compte tenu du caractère extrêmement politisé du terrain où ces institutions doivent germer et produire leurs fruits. Il est ainsi intéressant de remarquer les résultats de la recherche entamée entre 2006 et 2008 par Ruth Mackenzie, Kate Malleson, Penny Martin et Philippe Sands publiée sous le titre *Process and Legitimacy in the Nomination, Election and Appointment of International Judges*[2], ou l'intérêt renouvelé de l'Institut de droit international à l'égard des juges internationaux, s'en occupant après une soixantaine d'années[3]. Lors de sa récente réunion à Rhodes en septembre 2011, l'Institut

* Professeur de droit international public et relations internationales à l'Université Autonome de Madrid. Membre de l'Institut de droit international.

1 Voir Institut de Droit International, Session de Rhodes 2011 (G. Guillaume, Rapporteur), « La situation du juge international », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 74, 2011, art. 1.

2 R. Mackenzie, K. Malleson, P. Martin & Ph. Sands, *Selecting International Judges. Principle, Process and Politics*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, contenant plus d'une centaine d'entretiens et deux cent références bibliographiques. Ce livre sert de toile de fond de mes pensées.

3 Institut de Droit International, Session de Sienne, 1952 (J.G. Guerrero, Rapporteur), « La composition de la Cour Internationale de Justice », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 44(2), 474 ; Session d'Aix-en-Provence, 1954 (M. Huber, Rapporteur), « Etude des amendements à apporter au Statut de la Cour International de Justice », *Annuaire de*

a adopté une résolution, *La situation du juge international*, qui trouve sa base dans le rapport confié au président Guillaume[4]. De surcroît, certains juges en fonction, comme le juge néo-zélandais Keith Kenneth, ont commencé à partager les expériences de leur propre élection[5].

1. L'APTITUDE . . . ET LA NATIONALITÉ

Les conditions pour devenir juge à la Cour sont énoncées déjà dans le Statut de la Cour permanente de justice internationale: 1) personnes jouissant de la plus haute considération morale, et 2) qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international. Certes, le fait qu'un candidat soit suffisamment qualifié pour devenir juge à une Cour suprême ne fait pas obstacle à une (grande) connaissance du Droit international. Les élus pour un mandat de neuf ans renouvelable représentent dans son ensemble les grandes formes de civilisation et les principaux systèmes juridiques du monde. La nomination est confiée aux groupes nationaux de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), 93 au 30 juin 2012[6] – ou bien à leurs équivalents à niveau national, dans les cas de pays qui ne disposent pas de groupe à la CPA, soit car étant parties aux Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 la désignation des membres n'a pas eu lieu, soit car ils ne sont pas parties à celles-ci. Tous les trois ans, les candidats sont soumis par tiers à l'élection par l'Assemblée Générale et le Conseil de Sécurité, devant alors obtenir la majorité absolue au sein des deux organes. Dans la pratique, méthode et procédé opèrent de manière assez adultérée.

Le Statut de la Cour[7] exclut de manière explicite la nationalité comme critère d'élection, sauf pour souligner – déjà à l'article 3(1) – l'impossibilité de nommer

---

l'Institut de Droit International, 45(2), 60-107. Voir les résolutions de l'Institut sur le site web (www.idi-iil.org); apparemment, la non réélection du juge Charles de Visscher en 1951 a été le déclencheur de l'intérêt du débat autour de l'influence des facteurs politiques sur l'élection des juges et la nécessité qu'ils soient élus par leurs compétences personnelles. (G. Guillaume, « De l'indépendance des membres de la Cour International de Justice », in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum discipulorumque liber: Paix, développement, démocratie*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 1998, 476 – cité par G. Guillaume, *La Cour Internationale de Justice à l'aube du XXI^ème siècle. Le regard d'un juge*, Pedone, Paris, 2003, 112).

[4] Institut de Droit International (G. Guillaume, Rapporteur), *La situation du juge international*.

[5] K. Keith, « International Court of Justice: Reflections on the Electoral Process », *Chinese Journal of International Law*, 2010, 49-80.

[6] Voir l'Annexe 6 du *111e Rapport Annuel 2011* de la Cour Permanente d'Arbitrage, 76-125, disponible sur le site de la Cour : www.pca-cpa.org.

[7] Voir les commentaires aux articles du Statut mentionnés ci-dessous dans A. Zimmermann, C. Tomuschat & K. Oellers-Frahm, (éds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.

deux juges provenant d'un même Etat. Cette limitation n'affecte qu'aux membres de la Cour puisqu'il ne s'étend pas aux juges *ad hoc* (articles 31(2) et 31(3) du Statut), car il est possible désigner à cette fonction un compatriote d'un des membres de la Cour. Cela arrive lorsqu'un Etat désigne comme juge *ad hoc* un ressortissant d'un Etat membre permanent du Conseil de Sécurité (P-5) dans une affaire que la Cour connaît en formation plénière. Il s'agirait presque d'une spécialité *française*[8] dans la mesure où il y a eu – et il y a – des affaires avec, non seulement deux, mais trois juges français[9]. La présence de juges *ad hoc* britanniques[10] ou (nord-) américains[11] reste en revanche très réduite, et à ce jour même une possibilité inconnue si l'on réfère au cas des juges chinois et russes. Cependant, la coexistence de deux juges possédant la même nationalité pourrait tout de même avoir lieu au-delà des ressortissants du P-5.

Tous ces propos sur les juges *ad hoc* tiennent au fait que le membre de la Cour, ressortissant d'un Etat impliqué dans un procès judiciaire se déroulant à la Cour, a le droit de participer dans celui-ci de manière illimitée (article 31(1) du Statut). Cet élément déclencheur de la faculté de désignation d'un juge *ad hoc* par ceux qui ne bénéficient pas de cette condition permet d'expliquer pourquoi l'Etat concerné dispose d'une vaste liberté de choix, au-delà même de ses propres ressortissants. En effet, dans la pratique l'Etat en question tend à préférer l'expertise de l'étranger au-delà de la dévotion du compatriote dépourvu d'expérience[12]. De surcroît, il est même possible que l'État requérant désigne comme juge

---

[8] L'on mentionne souvent le cas de Mme. Bastid, juge *ad hoc* désignée par la Tunisie en la demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du *Plateau continental* pendant lequel le juge De Lacharrière siégeait à la Cour ; ensuite, il faudrait mentionner l'exemple de Claude-Albert Colliard, désigné par la Nicaragua en l'affaire contre les Etats-Unis ; puis, le cas de Hubert Thierry désigné par la Guinée-Bissau dans l'affaire *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 contre le Sénégal*; ainsi que le cas du juge Serge Sur désigné par le Sénégal dans l'affaire contre la Belgique *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* ; aussi, Yves Daudet, désigné par le Burkina Faso dans le *Différend frontalier* avec le Niger ; et finalement, les exemples plus notables, le Président Guillaume désigné par le Cambodge, par le Nicaragua et par le Pérou, et le juge Jean-Pierre Cot désigné à plusieurs reprises par le Burkina Faso, par la Colombie, par la Roumanie et par la Thaïlande.

[9] Cela est par exemple le cas de la demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* entre le Cambodge et la Thaïlande. Le Président Guillaume agissait comme juge *ad hoc* pour le Cambodge alors que le juge J.P. Cot pour la Thaïlande. De plus, le juge Abraham comme membre de la Cour.

[10] Ian Brownlie et Sir Franklin Berman successivement désignés par le Liechtenstein dans l'affaire *Certains biens* contre l'Allemagne ; Sir Elihu Lauterpacht désigné par la Bosnie-Herzégovine dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* contre la Serbie-et-Monténégro.

[11] Thomas Franck désigné par l'Indonésie dans l'affaire *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* contre la Malaisie ; Bernard H. Oxman désigné par l'Ukraine dans l'affaire *Délimitation maritime en mer Noire* contre la Roumanie.

[12] 181 désignations de juges *ad hoc* (déc. 2012), moins de la moitié (83) en faveur des ressortissants de l'Etat qui propose.

ad hoc un ressortissant de l'Etat contre lequel l'instance a été introduite (le cas de la République du Congo et sa désignation du français Jean Yves de Cara dans l'affaire *Certaines procédures pénales engagées en France*) et, au contraire, que l'État défendeur désigne un ressortissant de l'Etat requérant (un cas de figure qui ne s'est pas encore produit).

Bien qu'un vote inconditionnel du juge national ou du juge *ad hoc* fondé sur des critères d'attachement patriotique ou de confiance ne sauraient être espérés, le système garantit que les perceptions et points de vue des parties à l'affaire ne soient pas oubliés pendant le délibéré du collège de juges. Enfin, être désigné juge *ad hoc* constitue pour certains l'antichambre pour accéder à la Cour en tant que membre[13], et, pour d'autres, le moyen d'y retourner[14].

D'autre part, l'accent mis par certains gouvernements au placement d'un ressortissant au sein de la Cour, offre une autre voie par laquelle l'importance de la nationalité resurgît, ne serait-ce que liée à une question de prestige. Ceci ne saurait être blâmé, vu qu'au sein même du Mouvement Olympique nous retrouvons des manifestations de l'esprit national imprimées sur le tartan, sur le podium et dans les tribunes.

La nationalité se glisse enfin au moment de la répartition des sièges réalisée conformément aux quotas et aux groupes régionaux, comme indiqué ci-dessous. Il est néanmoins indispensable de garder à l'esprit l'existence d'une *liste noire* plus ou moins officieuse qui rend 'inéligibles' *de fait* les ressortissants de certains Etats membres. Le cas plus saillant concerne Israël ; Shabtai Rossenne, un des grands spécialistes de la Cour international de justice, n'aurait jamais gagné une élection judiciaire précisément pour des raisons liées à sa nationalité.

2. La nomination

Commençons ainsi par la nomination, droit généralement exercé par un nombre réduit de groupes nationaux suite à des considérations politiques et à des intérêts personnels. Les groupes nationaux de la CPA se composent de quatre membres au maximum, élus pour six ans renouvelables, parmi des personnes – dit-on – possédant une compétence reconnue en droit international, une haute considération morale, ainsi que une disposition à accepter le statut d'arbitre – comme originairement conçus par les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 en

[13] Cela est par exemple le cas des juges Ago, Bennouna, Cançado Trindade, De Castro, Evensen, Gaja, Mosler, Nagendra Singh, Sepúlveda-Amor, Spiropoulos, Yusuf.

[14] Cela est par exemple le cas des juges Armand-Ugon, Ajibola, Bedjaoui, Fleischhauer, Guillaume, Jennings, Jiménez de Aréchaga, Mbaye, Ruda, Sette-Camara, Shahabuddeen, Simma,Weeramantry, Zafrulla Khan.

vue de la configuration d'une liste d'arbitres au Secrétariat général de la CPA[15]. Lors de l'élaboration du Statut de la Cour permanente de justice internationale, ces membres avaient été ensuite conçus comme les titulaires exclusifs de la faculté de désigner des candidats au poste de juge afin – dit-on – d'échapper aux intrigues, étant donné « la faiblesse morale de tous les organes politiques »[16]. Au moment de la mise en œuvre de leur mission, le Statut recommandait à chaque groupe national (pouvant désigner jusqu'à quatre candidats, dont deux au maximum de sa nationalité) de « consulter la plus haute cour de justice, les facultés et écoles de droit, les académies nationales et les sections nationales des académies internationales vouées à l'étude du droit ». L'objectif était celui de parvenir à une sélection de candidats indépendante, dépolitisée et fondée sur le mérite[17].

Dans la pratique, il faut distinguer entre la nomination de son propre candidat et la nomination d'un candidat soutenu par autrui. Généralement, les candidats propres possèdent la même nationalité du groupe qui les propose, bien qu'il puisse avoir lieu à des exceptions (souvent motivées par des raisons politiques)[18]. Désigner comme candidat un ressortissant d'un État alors que le groupe national de cet État a désigné un autre ressortissant serait considéré comme une initiative inamicale, même hostile[19].

Le processus électoral de désignation avait été dénaturé dès la célébration de la première élection, tout d'abord car c'était les gouvernements, notamment

---

[15] Article 23 de la *Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux* du 29 juillet 1899 (*Gaceta de Madrid*, 326/1900, 22 novembre 1900) et Article 44 de la *Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux* du 18 octobre 1907. Le terme « groupes nationaux » utilisé à l'article 4 du Statut de la Cour ne figure pas dans les Conventions de 1899 et 1907.

[16] La phrase est attribuée à B.J.C. Loder conjointement avec E. Root, auteur de la proposition au sein du Comité consultatif de Juristes qui avait rédigé le projet de Statut de la Cour permanente, *Procès-verbaux des séances du Comité – 16 juin au 24 juillet 1920*, La Haye, Van Langenhuysen Frères, 1920, 147, 150, 160 et 166. Voir M.O., Hudson, *The Permanent Court of International Justice: A treatise*, New York, Macmillan, 1934, para. 118 (la citation est tirée de la traduction française du Baron D'Honingthun, Paris, Pedone, 1936, 151).

[17] Mackenzie, Malleson, Martin, et Sands, *Selecting International Judges*, 67.

[18] De cette manière le juge argentin Ruda a été le premier à être désigné par le groupe national belge en 1972 (élu, il a rempli deux mandats entre 1973 et 1991, et présidé la Cour pendant le dernier triennat) ; de même, le juge de Ceylan Weeramantry a été le premier à être désigné par le groupe néozélandais en 1990 (élu, il a rempli un mandat entre 1991 et 2000). Apparemment Weeramantry aurait bénéficié du changement du gouvernement pakistanais faisant tomber à l'eau les expectatives du candidat pakistanais, favori dans tous les sondages (V. Keith, « International Court of Justice », 56, note 27).

[19] En 2000 le groupe belge avait désigné le juge égyptien Abi-Saab alors que le groupe national égyptien avait désigné Elaraby. La désignation du premier a été retirée. Il faudrait souligner ici que les trois membres du groupe national belge étaient des professeurs. Elaraby a été élu et est resté en fonction jusqu'en 2006.

les ministères des affaires étrangères, qui désignaient les membres des groupes nationaux de la CPA. Les hauts fonctionnaires des ministères étant ainsi fréquemment élus, ils tendaient naturellement à devenir le simple canal d'expression de la volonté gouvernementale, voire même à souffrir d'une inclination endogamique (justifiée dans une certaine mesure puisque les conditions pour devenir arbitre à la CPA et juge à la Cour sont pratiquement les mêmes). La nomination est une affaire à résoudre, le plus souvent, entre *insiders*.

Lors de la Conférence de San Francisco de 1945, la question de normaliser une réalité déjà existante et de transférer ainsi aux gouvernements le pouvoir de désigner les candidats, avait été abordée, même si finalement le *statu quo* a prédominé[20] ; parmi d'autres raisons cela permettait d'escamoter le soutient particulier 'd'un gouvernement au candidat d'un autre pays. Ce qui était écrit est resté écrit, alors que la réalité suivait son cours naturel. En prenant en considération les caractéristiques du processus d'élection des juges, il n'aurait pas été réaliste d'imaginer les groupes nationaux 'cantonnés' dans une bulle aseptique à l'abri de toute source de contamination gouvernementale. Il est logique et raisonnable de compter avec un échange informel de propositions et d'opinions entre le groupe national et les fonctionnaires gouvernementaux, en particulier ceux du ministère des affaires étrangères, à condition que la décision finale du groupe soit respectée. Si le jeu se déroule entre personnes intelligentes, les uns comme les autres s'apercevront de la pertinence de ne pas tenter d'imposer un candidat rejeté par le groupe ou, à l'inverse, un candidat que le gouvernement refuse de soutenir.

Le cœur du problème est déterminer à quel moment de l'échange groupe national-gouvernement (ministère des affaires étrangères) la politisation et la partialité finissent par reléguer le mérite personnel à une place secondaire. Si le groupe national se plie de façon excessive aux désirs ministériels – du fait de la grande dépendance de sa composition du *doigt* du ministère des affaires étrangères ou bien à cause du caractère des membres – le candidat sera montré de ce même *doigt*, et protégé ainsi par la suite par le groupe national. Le manque de transparence et de participation au processus rendent facile tout genre de manœuvres. Ainsi, les groupes nationaux qui appliquent dûment la recommandation prévue au Statut de la Cour de consulter les Cours suprêmes et les établissements académiques et de recherche du droit (international), demeurent minoritaires[21].

---

[20] G. Abi-Saab, « Ensuring the Best Bench: Ways of Selecting Judges », in C. Peck et L. Roy (éds.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice (Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court)*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers/UNITAR, 1997, 178.

[21] Mackenzie, Malleson, Martin & Sands, *Selecting International Judges*, ces auteurs font la distinction entre, d'abord, les procédés de nomination informels – la plupart d'ailleurs, 85-87 ; ensuite, demi-structurés, 87-90 ; et enfin, structurés, 90-95.

3. Le profil

Bien entendu, si le processus en soi possède une dose pas négligeable de politisation du fait des éléments qui la conforment, il serait donc utopique de penser que le résultat donnera lieu à la production d'un candidat complètement apolitique. Un aspirant à la candidature ne peut pas prospérer sans contacts politiques permettant son accès à l'engrenage de la nomination. Le mérite, comme la valeur au service militaire, sera supposée, pourvu que son *curriculum* puisse fournir un minimum profil *international*. En outre, il existe une condition implicite incontournable, celle de maîtriser au moins une des deux langues officielles de la Cour (l'anglais et le français) et avoir une connaissance passive de l'autre. En ce sens, les diplomates, les hauts fonctionnaires et les conseillers juridiques du ministère des affaires étrangères sont toujours les mieux placés pour promouvoir leurs candidatures. En effet, environ deux tiers des juges qui composent actuellement la Cour ont cette origine.

Les professeurs et les juges, en tant que collectifs, sont clairement désavantagés dans la course à la nomination. Les juges, les vrais juges, auront en principe essayé de s'écarter de la *politique* et, en tous cas, leur niveau de connaissance de droit international ainsi que leur intérêt pour accéder à une institution comme la Cour ne sauraient être présumés très élevés. En outre, hormis ceux d'origine anglophone ou francophone, ils se confrontent à la barrière linguistique. En effet, seulement deux ou trois des juges siégeant actuellement à la Cour peuvent être considérés comme ayant une provenance judiciaire. Néanmoins, on a pris toujours conscience de la sous-représentation des juges à la Cour. C'est ainsi que lors du même processus ouvert en 1944 relatif à l'avenir de la Cour permanente, le Comité interallié informel qui s'intéressait à ce sujet constatait, tout en maintenant les conditions d'éligibilité du Statut, le faible nombre de juges à la Cour, et souhaitait son augmentation à l'avenir[22].

Les professeurs de Droit international peuvent, de leur part, se considérer eux-mêmes comme ayant une compétence professionnelle reconnue, une maîtrise des langues officielles de la Cour et un accès aux acteurs politiques les plus influents du processus. Ces caractéristiques ont certes joué en leur faveur dans le passé, spécialement au moment de nourrir les groupes nationaux de la CPA (à condition que le groupe ne fût pas contrôlé par les *ennemis* du candidat). Mais il serait à ce jour naïf de la part du professeur de tout confier à son *mérite* pour attirer l'attention des membres du groupe national, des politiciens et des fonctionnaires ministériels, et espérer qu'ils soient séduits comme des marins emportés par le chant des sirènes. À ce jour, pas plus de trois juges ont vertébré leur carrière professionnelle sur des axes académiques.

---

[22] Keith, « International Court of Justice », 63-64.

Certes, si le Statut de la Cour était appliqué et son esprit respecté, la nomination devrait être le résultat d'un processus objectif, transparent et participatif fondé sur le mérite. Mais cela n'est pas la règle générale. Les belles paroles et l'expression rhétorique des bons vœux sont loin de changer la conduite du procédé. Le meilleur conseil pour un professeur désireux de devenir un jour candidat à la Cour serait donc de semer ses propres graines au sein du département juridique international du ministère des affaires étrangères, tout en contrôlant à partir de cette position privilégiée la composition du groupe national de la CPA, pour enfin essayer de l'intégrer dès que l'occasion se présente. Cette tâche ne devrait pas être compliquée.

Un conseiller juridique du ministère des affaires étrangères qui a exercé comme professeur en début de sa carrière ou associé avec l'enseignement à temps partiel peut formellement faire preuve de compter sur un niveau standard de connaissances théoriques, alors que son activité quotidienne lui offre de nombreuses occasions pour renforcer le côté pratique de la discipline. La praxis du conseiller devenu juge rend ce dernier particulièrement doué pour sentir ce qu'on pourrait décrire comme *le contexte.* Mais cela ne devrait pas être considéré comme un inconvénient lorsqu'on se réfère à une Cour qui tisse des décisions afin de régler des différends, tout en diminuant la portée de la victoire chez les uns et l'ampleur de la défaite chez les autres.

Les juges provenant des enceintes universitaires, à moins qu'ils aient plaidé comme avocats devant des tribunaux internationaux, encouragés par leurs fondements théoriques et la sauvegarde de la bonne réputation académique, peuvent faire étalage d'une indépendance que résulterait insupportable aux yeux des électeurs de juges, en un mot les gouvernements. Sans parler du fait qu'une fois leurs opinions ont été exprimées à plusieurs reprises et par écrit, ils peuvent être accusés de préjugés idéologiques, spécialement s'ils répondent aux critères que l'on pourrait qualifier de progressistes. Tout cela expliquerait donc l'échec de la (ré)élection de certains excellents candidats étiquetés 'd'imprédictibles' simplement à cause de leur imperméabilité, réelle ou présumée.

Vraisemblablement, ce qui s'avère plus convenable pour la Cour est une combinaison équilibré de diplomates, de juges et de professeurs avec expérience comme plaideurs, liés par une connaissance satisfaisante de la théorie et de la pratique des normes de droit international et de la procédure judiciaire, ainsi que par la capacité de communiquer au moins dans une des deux langues officielles de la Cour et de comprendre ce qui se dit et s'écrit dans l'autre langue.

4. L'élection

Passons alors à la considération des règles et de la pratique de l'élection des juges une fois que la liste des candidats est configurée. Comme indiqué ci-dessus, l'élection des juges à lieu par tiers tous les trois ans afin que les élus achèvent un mandat de neuf ans et de manière à combiner la continuité avec la rénovation

(à moins que les juges sortants soient réélus). Un candidat est élu lorsqu'il obtient une majorité absolue dans les votations séparées de l'Assemblée General et du Conseil de Sécurité. Etant donné que le nombre actuel de membres de l'ONU est de 193, la majorité absolue de l'Assemblée correspond à un total de 97 voix, alors que celle du Conseil de Sécurité, où le veto des membres permanents n'opère pas, est de 8 sur 15 ; une exception à la règle générale d'adoption de décisions établie en 9 voix.

Si le nombre de candidats obtenant la double majorité requise est supérieur au nombre de sièges à occuper (ce qui peut avenir lorsque la liste de candidats est courte), la solution retenue ne réside pas dans l'attribution des sièges vacants aux candidats avec davantage de votes au sein des deux organes, mais dans la célébration de nouveaux tours de votation jusqu'à ce que les candidats avec la majorité requise coïncident avec le nombre de sièges à pourvoir.

On constate qu'en général, lorsque les organes ne coïncident pas au premier tour, c'est le Conseil qui s'accommode à la liste des candidats élus par l'Assemblée (comme cela s'est produit en 1993, 2005 et 2011). Néanmoins, cette affirmation n'a pas été vérifiée en cas de désaccord sur un candidat ressortissant d'un État membre du P-5 auquel l'Assemblée par hypothèse refuserait les votes nécessaires[23].

5. Emmitoufler le candidat

Quelques mois avant la séance de votation, le Secrétaire général de l'ONU dresse une liste avec les noms de tous les candidats, ordonnés alphabétiquement afin de souligner l'asepsie, leurs *curricula vitae* et les groupes nationaux qui les soutiennent[24]. Il convient de rappeler que chaque groupe national peut proposer jusqu'à quatre candidats, dont deux au maximum peuvent être leurs ressortissants[25]. Ceci serait néanmoins insolite, puisque les luttes caïnites ont lieu à niveau national, dans la phase de sélection des candidats. Déclencher une de ces batailles à un moment postérieur serait un mouvement autodestructif ; par contre, soutenir des candidats provenant d'autres pays et dont les intérêts n'entrent pas en conflit avec les propres s'encadre parfaitement dans la logique du marchandage inhérent à ce genre de processus.

---

[23] Keith, « International Court of Justice », 58-60.

[24] Lors de la dernière élection de juges, le Secrétaire Général Adjoint des Affaires Juridiques, le 8 mars 2011, avait demandé aux membres des groupes nationaux de la CPA et leurs équivalents de présenter les candidatures au plus tard le 30 juin.

[25] Si le vacant a pour cause la démission ou le décès d'un juge, l'invitation référée à l'article 5(1) aura lieu (article 14) le mois suivant après se produire le vacant. Dans ce cas, les groupes nationaux pourront présenter seulement deux candidats par siège (article 5(2)).

Compter sur l'appui d'un grand nombre de groupes nationaux d'autres pays s'avère effectivement l'un des objectifs des gouvernements qui font la promotion d'un ressortissant. La voie diplomatique est habituellement utilisée à cette fin. Le ministère des affaires étrangères récepteur transmettra les instructions à son groupe national, qui les assumera sans problèmes. Le contraire serait très rare. En l'occurrence, au cours de la dernière élection des juges, le Président Owada, candidat à la réélection, a été soutenu par 33 groupes nationaux. Les juges Xue et Tomka, également candidats à la réélection, comptaient avec l'appui de 26 et 21 groupes nationaux respectivement. De même, la nomination du professeur Gaja a été soutenue par 21 groupes nationaux. C'est donc par cette voie qu'une première pondération des forces est mesurée.

D'autre part, le soutien de candidats peut être une des politiques menées par les groupes nationaux d'États parties à un procès en cours devant la Cour. Ainsi, dans le processus électoral de 2011 le Chili et le Pérou, confrontés devant la Cour, ont épuisé le nombre maximal (quatre) de propositions que le Statut permet en soutenant formellement les mêmes candidats (Gaja, Owada, Tomka et Xue). Le Pérou avait probablement pris bonne note du fait que le Chili avait soutenu la candidate nord-américaine Donoghue (avec 31 nominations) à l'élection partielle de 2010, un détail qui avait échappé au Pérou.

Voici donc l'état des lieux, aussi bien censuré qu'immuable après tant d'années : les élections judiciaires sont conduites comme des élections politiques. Fondé sur des considérations esthétiques, l'Institut de droit international avait recommandé en 1952 de séparer de manière nette l'élection des membres de la Cour de l'élection des membres aux autres organes des Nations Unies, en signalant d'emblée que la date soit fixée le plus proche possible de la séance d'ouverture de l'Assemblée Générale (après la clôture du débat général)[26]. Cette recommandation fût complètement ignorée[27]. Le fait que le nombre de juges (quinze) soit depuis 1965 identique à celui du Conseil de Sécurité favorise, même de manière inconsciente, le déplacement des critères de représentation ('pouvoir et géographie')[28], généralement appliqués dans le Conseil, à la scène de la Cour.

Quoi qu'il en soit, une fois dans le jeu les mérites des nominés tendent à avoir une considération secondaire. Les alarmes sonnent uniquement si le candidat est manifestement imprésentable – normalement à éviter dans la phase de nomination. Donc le point de départ est que les nominés remplissent toutes les condi-

---

[26] Institut de Droit International, « La composition de la Cour Internationale de Justice », 474.

[27] En 2011, les élections figuraient conjointement avec les élections des membres non permanents du Conseil de Sécurité et des dix-huit membres du Conseil Economique Social, comme point 114 du Programme daté pour le 10 novembre, deux mois après l'initiation de la session de l'Assemblée.

[28] B. Fassbender, « Chapter I. Organization of the Court: Article 9 », Zimmermann & Tomuschat & Oellers-Frahm, *Statute of the ICJ*, 302.

tions statutaires, et cela suffit. À partir de là, tout dépend de l'habilité stratégique et tactique du gouvernement qui présente son candidat et de la respectabilité de celui-ci, ainsi que du compromis et les ressources mises au service de la 'campagne' électorale, dont l'importance est devenue croissante sauf pour les candidats des membres permanents du Conseil de Sécurité (pour ceux-ci, dans la pratique, nomination veut dire élection).

6. La campagne

Les campagnes sont de plus en plus longues, au point que certains candidats commencent la course deux ans avant les élections. *Qui frappe le premier, frappe deux fois*, dit le proverbe. Il n'y a pas longtemps, le ministère des affaires étrangères espagnol à la recherche des votes latino-américains a vécu l'expérience de se tromper devant la devancière stratégie du gouvernement d'un lointain pays insulaire océanique, dont la campagne, dit-on, a marqué le nouvel repère de l'avenir dans la manière de planifier ces courses[29]. Un fiasco pareil ne saurait nous prendre par surprise. L'Espagne a échoué à quatre occasions sur les cinq fois qu'elle a présenté un candidat tout au long de la soixantaine d'années comme État membre des Nations Unies.

Le candidat participe à cette longue campagne bien avant de d'être nominé officiellement, à travers des tournées organisées par le ministère ainsi que de séjours à New York et à Genève afin d'entamer des contacts et de faire connaître le meilleurs de ses côtés. Par ailleurs, *ne pas faire une gaffe*, s'excuser pour les petits péchés de jeunesse, parler ou baragouiner la langue de son interlocuteur, dire quelque chose d'aimable révélant une connaissance du pays de ce dernier, même si acquise d'urgence sur l'inestimable *Wikipedia*, voire même parler de l'avoir visité ou d'y avoir étudié, une connaissance illustre, etc . . . sont quelques exemples des mouvements du répertoire. Tout afin de se faire valoir.

Cette en soi exigence constituerait un effet dissuasif aux yeux d'un bon nombre de candidats potentiels. En effet, tout le monde n'est pas tout à fait prêt, tantôt à s'exhiber dans cette sorte de petit marché pour des simples raisons de caractère, tantôt à disposer du temps nécessaire pour pouvoir le faire considérant la charge de travail. Ainsi, cette mécanique favorise de nouveau les candidatures des conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères et des hauts fonctionnaires tels que les représentants permanents et les représentants permanents adjoints (en fonction or anciens) qui, d'une part, se retrouvent habituellement avec leurs homologues aux réunions déjà institutionnalisées, et d'autre part, mènent une activité favorisant les contacts, notamment au sein de la VI[e] Commission de l'Assemblée, des conférences intergouvernementales et des organes

[29] Mackenzie, Malleson, Martin & Sands, *Selecting International Judges*, 114.

sélectifs. Vraisemblablement, l'on pourrait faire une lecture similaire de l'expérience des candidats provenant du haut fonctionnariat de Nations Unies.

La candidature d'un professeur ou d'un juge, tout en partant de la nécessité d'un plus grand investissement, ne peut progresser que si une carence d'appétence de la part des candidats mentionnés ci-dessus se produit ; sans pour autant oublier que le professeur ou le juge en question doit fortement *s'obstiner* au maintien de sa candidature et qu'il doit compter sur les *leviers* politiques de plus haut niveau nécessaires à forcer la coopération ministérielle, car autrement, une fois désigné il sera laissé de côté. *Brûler* un adversaire *interne* en favorisant sa nomination pour ensuite le laisser mourir en *campagne* peut être une décision intelligente afin de d'assurer la propre réussite trois ou six ans plus tard. Néanmoins, il convient de souligner que le candidat n'est qu'une pièce de l'engrainage à mener par la chancellerie, un accessoire qui opère à tous les niveaux, allant de la visite d'État à l'échange de notes verbales dans le cadre des relations diplomatiques bilatérales.

Seuls les candidats des membres permanents du Conseil de Sécurité peuvent se permettre d'éviter les coûts d'une 'campagne', grâce à la règle non-écrite en vertu de laquelle ces États doivent tous disposer d'un juge siégeant à la Cour[30]. Toutefois, cette règle est quelquefois remise en question. C'est la raison pour laquelle les membres permanents plus *faibles*, exposés à des facteurs de risque supérieurs, ont commencé à faire 'campagne' sans considérer l'élection de leurs candidats comme étant acquise.

7. À LA POURSUITE DE LA RÉÉLECTION

Hormis les juges nationaux des membres permanents du Conseil, la poursuite de la réélection d'un juge semble mal s'ajuster aux exigences de la 'campagne' requise pour aboutir à cette fin. Certes, pas tous les juges n'arrivent à atteindre l'objectif, mais la plupart y parviennent[31]. Ainsi, mis appart les juges P-5[32], 21 sur

---

[30] À l'heure actuelle, la Chine est la seule qui a laissé de côté le fait d'avoir des juges ressortissants à la Cour : pour la période s'étalant de 1967 – date de l'expiration du mandat du juge Wellington Koo (nationaliste) – à 1985 – date de la désignation du juge Ni (de la Chine Populaire).

[31] Quatre sur les cinq juges dont le mandat expirait le 6 Février 2012 (Hue, Koroma, Owada et Tomka) ont cherché la réélection. Le juge Simma était le seul à décliner cette possibilité. Trois juges ont atteint leur but, deux (Hue et Owada) sans aucune concurrence. Le juge Koroma, siégeant à la Cour depuis le 6 Février 1994, a été le seul à échouer à l'heure de chercher sa deuxième réélection.

[32] Ils sont 32 juges (huit soviétiques et russes, sept britanniques, sept nord-américains, cinq français et cinq chinois). La permanence moyenne à la Cour a été à peu près de dix ans. Les français Basdevant et Gros et le nord-américain Schwebel remplissaient deux mandats ou son équivalent. La présence des juges Guillaume, Hackworth, Fitzmaurice, Jennings, Higgins, Morozov et Shi avait été également longue.

69 juges qui ont siégé à la Cour depuis 1946 jusqu'à nos jours ont cherché (et réussi) leur réélection, dont sept ont complété deux mandats[33]. Certains d'entre eux, par exemple le juge Lachs, ont initié un troisième mandat, alors que le juge Oda a complété trois mandats. Le gouvernement de leur pays constitue le talon d'Achille des juges nationaux du P-5. En revanche, les autres juges sont plus vulnérables, car pour ces derniers, la 'campagne' est une source de soupçons et/ou de pièges, pour ne pas parler de l'image pas douce qu'un juge en fonction transmet lorsqu'il demande le vote aux représentants des gouvernements d'États parties à des affaires en cours auprès d'elle, ou qui se profilent à court terme comme requérants ou défendeurs. Ainsi, au cours de la séance électorale de 2011, une délégation, consciente de la volatilisation des probabilités de réussite de son candidat, avait fait circuler des documents révélant la conduite d'un gouvernement d'un pays qui, d'une part, avait un cas contentieux ouvert devant la Cour et, d'autre part, après avoir promis le vote au pays de la dite délégation, finissait par rendre formelle l'intention de voter en faveur de son adversaire : un juge candidat à la réélection.

En tout cas, il ne convient pas aux juges de la Cour d'avoir en tête une campagne électorale tandis qu'ils connaissent des affaires exigeant une attention et une indépendance à la hauteur, au moins, des standards de la femme de César.

> [L]a crainte a été exprimée depuis lors que des juges souhaitant être réélus – soutient Guillaume – attachent dans l'exercice de leurs fonctions une importance excessive au point de vue de l'État dont ils espèrent être candidats et de manière plus générale à celui des États dont ils entendent obtenir le soutien [...][34].

Il est très significatif de remarquer l'unanimité presque totale en faveur de la suppression du renouvellement du mandat des juges depuis des décennies en proposant la prolongation de la durée des mandats jusqu'à douze, voire quinze ans[35], tout en rejetant le mandat à vie (meilleure garantie d'indépendance). Il serait certainement embarrassant de témoigner la décadence pathétique d'un juge épuisé (ce qui pourrait être résolu par moyen d'une retraité forcée), mais surtout parce que le mandat à vie perturberait l'opération de rotation géographique

---

33 Badawi, Bedjaoui, Forster, Koroma, Ranjeva, Ruda et Winiarski. La présence des juges Ago, Elias, Klaestad, Nagendra Singh et Parra Aranguren fut également longue. A noter, le cas particulier de Zafrulla Khan, juge entre 1954-1961 et, après une période de trois ans, juge de nouveau entre 1964 et 1973.

34 Institut de Droit International (G. Guillaume, Rapporteur), *La situation du juge international*, para. 39.

35 Dans le texte de la résolution résultant de la Session d'Aix-en-Provence (1954), l'Institut de droit international recommandait de porter la durée des fonctions des juges de la Cour à quinze ans et supprimer la rééligibilité afin de renforcer l'indépendance (para. 4). Dans la résolution de Rhodes (2011), en se référant aux juges internationaux en général, l'Institut proposait à ce sujet un mandat non renouvelable de neuf à douze ans chacun (article 2(1)).

des juges[36]. Il a ainsi été suggéré que, faute d'une réforme statutaire, l'Assemblée Générale adopte une résolution dissuasive contre ces nominations poursuivant la réélection[37]. La pratique est précisément inverse[38].

8. Le groupe régional

Un des domaines privilégiés de la campagne, si ce n'est le premier, est pourvu par le groupe régional où s'encadre le pays du candidat. Lorsque les groupes régionaux n'existaient pas en tant que corps encadrés, le Statut de la Cour avait uniquement prévu que les juges devaient représenter dans son ensemble les grandes formes de civilisation et les principaux systèmes juridiques du monde. Dans la pratique, Nations Unies a interprété qu'afin de bien répondre à cette exigence il suffisait d'attribuer des quotas aux différents groupes régionaux dans toute sorte d'élections[39].

Ainsi, le problème d'assurer une représentation équilibrée repose donc sur l'appropriation quasiment automatique de sièges aux ressortissants des cinq membres permanents du Conseil de Sécurité et son incidence au sein du groupe auquel ils appartiennent. En outre, il faudrait noter la composition anachronique des groupes eux-mêmes, notamment depuis la fin de la *guerre froide*. En effet, de nos jours, il n'y a aucune raison pour la survie d'un groupe de l'Europe orientale qui s'épanche au-delà de l'Oural et qui comprend des Etats intégrés à l'Union Européenne. Il serait donc logique de conformer un seul groupe 'européen' rassemblant tous les pays membres de l'Union (y compris Chypre, actuellement partie du groupe asiatique) et les autres pays européens, au lieu d'incarner une sorte de voiture balayeuse chargée de ramasser tous les pays de la *Commonwealth blanche* et l'Israël sous l'étiquette 'et autres'.

---

[36] Institut de Droit International (G. Guillaume, Rapporteur), *La situation du juge international*, para. 38.

[37] Mackenzie, Malleson, Martin & Sands, *Selecting International Judges*, 121.

[38] « Toute interdiction de renouvellement – d'après Guillaume – comporte par ailleurs des avantages et des inconvénients : elle n'est pas favorable à la continuité de la jurisprudence, mais peut à l'inverse contribuer à son évolution. Elle évite un vieillissement excessif des juridictions, mais risque de décourager de jeunes candidats de valeur soucieux de l'avenir qui leur serait réservé une fois effectué un mandat unique ». Institut de Droit International (G. Guillaume, Rapporteur), *La situation du juge international*, para. 40.

[39] Le propre Institut de Droit International commettait en 1954 la même confusion quand dans son résolution d'Aix-en-Provence il faisait allusion (para. 1) à « [l]a nécessité d'assurer une certaine représentation géographique au sein de la Cour internationale de Justice *comme prévue à l'article 9 du Statut* [...] » (soulignement ajouté). Bien entendu, cela n'est pas ce qui est prévu à la disposition mentionnée. L'Institut a validé le critère de la représentation géographique 'adéquate' pour l'élection des juges (Session de Rhodes, 2011, Article 1(1)).

Il en résulte une source de bon nombre de frustrations en période électorale. En effet, les autres groupes estiment que le groupe de 'l'Europe occidentale et autres' est surreprésenté à la Cour puisqu' ils comptabilisent les trois juges ressortissants des membres permanents du Conseil qui appartiennent au groupe; trois sièges qui, conjointement avec les deux à désigner, représentent un total de cinq juges sur quinze. L'accusation s'accentue par ailleurs au moment d'ajouter les deux juges provenant de l'Europe orientale (le russe et un autre). Ce qui fait que huit sièges restent à être distribués entre l'Amérique Latine et les Caraïbe (deux), l'Afrique (deux/trois), l'Asie et l'Océanie (trois/quatre, y compris le juge chinois).

Bien entendu, les membres du groupe de l'Europe occidentale divergent sur ce critère comptable. Ils considèrent que les membres permanents du Conseil de Sécurité ne grossissent pas leur compte. Toutefois, le problème devient d'autant plus saillant lorsqu'on constate la tendance des États candidats à devenir membres permanents au Conseil à développer des campagnes intensives et longues en faveur de leurs ressortissants qui, réussite assurée, réduisent davantage encore l'alternance[40]. Cela expliquerait la présence à la Cour d'un juge japonais durant une période d'une cinquantaine d'années (à l'exception du laps de temps entre 1970 et1976)[41] ; d'un juge allemand pour la période s'étalant de 1976 à 2012 (sauf la période entre 1985 et 1994)[42] ; ou de cinq juges brésiliens depuis l'establishment de la Cour en 1946[43]. En réalité, depuis cette date, à l'exception des cas mentionnés, il y a eu des juges provenant seulement de 38 pays[44]. Par ailleurs,

---

40 C.F. Amerasinghe, « Judges of the International Court of Justice. Election and Qualifications », *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, 347-348.

41 Tanaka (1961-1970), Oda (1976-2003), Owada (2003-).

42 Mosler (1976-1985); Fleischhauer (1994-2003), Simma (2003-2012).

43 Azevedo (1946-1951), Fernandez Carneiro (1951-1956), Sette-Camara (1979-1988), Rezek (1997-2006), Cançado Trindade (2009-).

44 Le groupe de l'Europe occidentale et autres: la Belgique, l'Espagne, la Grèce, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas; les 'autres': l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande ; le groupe de l'Europe orientale : la Slovaquie, la Hongrie, la Pologne et l'Ex-Yougoslavie ; le groupe de l'Amérique Latine et des Caraïbes : l'Argentine, le Chili, le Salvador, la Guyane, le Mexique, le Panama, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela ; le groupe asiatique : les Philippines, l'Inde, la Jordanie, le Liban, le Pakistan, la Syrie et le Sri Lanka ; le groupe africain : l'Algérie, le Bénin, l'Égypte, le Maroc, le Nigeria, le Sénégal, la Sierra Leone, la Somalie et l'Ouganda. Par ailleurs, la présence a été asymétrique. Au sein du groupe de l'Europe occidentale et autres, l'Italie se distingue (quatre juges: Morelli, Ago, Ferrari Bravo et Gaja); dans le groupe de l'Europe orientale, la Pologne (deux juges: Winiarski et Lachs, et pour la période s'étalant de 1946 à 1993: Lachs enchaînait trois mandats) ; dans le groupe de l'Amérique Latine et des Caraïbes : l'Argentine, le Mexique et le Venezuela; et pour le groupe africain, le Sénégal (présent entre 1964 et 1991) et le Nigeria (pour la période s'étalant de 1967-1994).

l'augmentation du nombre de membres rendrait nécessaire une modification substantielle du fonctionnement ordinaire de la Cour en séance plénière[45].

Quoi qu'il en soit, la première bataille électorale décisive est livrée au sein du groupe régional auquel le candidat appartient. Certains critères comme la rotation ou la répartition subrégionale des candidatures limitent la concurrence. En particulier, deux problèmes se posent dans le groupe de 'l'Europe occidentale et autres'. D'un côté, la question de déterminer où commence le *sud* et où commence le *nord* du Continent (à juger par l'élection du juge néerlandais Kooijmans en 1996 au moment où la Cour disposait déjà du juge allemand Fleischhauer). D'un autre côté, la question du classement des 'autres'. Dans le groupe africain, quand il compte sur trois sièges, il semblerait avoir un certain accord pour les destiner à l'Afrique arabe, à l'Afrique francophone et à l'Afrique anglophone. À l'inverse, au sein du groupe latino-américain et Caraïbes, il est nécessaire d'agir avec une certaine prudence envers l'Amérique centrale (y compris le Mexique), le nord de l'Amérique du sud, le Cône sud et les Caraïbes. En effet, le groupe de l'Amérique latine a été la grande victime de l'augmentation des membres de l'ONU en l'absence d'un accroissement corrélatif du nombre de membres de la Cour. Jusqu'à l'élection de 1963, le groupe latino-américain disposait de quatre juges, puis réduits à deux. De surcroît, le groupe inclût les Caraïbes en 1987, date à laquelle le guyanais Shahabuddeen a été élu pour occuper l'un des deux sièges du groupe. Sûrement, le groupe aurait mieux réussi s'il avait bataillé en faveur de la co-officialité de la langue espagnole à la Cour durant les années constitutives de l'Organisation (moment où ses vingt membres représentaient le 40 pourcent du total). Enfin, les groupes 'asiatiques' et de 'l'Europe orientale' ne semblent suivre aucun critère de rotation ni de distribution subrégionale, critères qui sont en tout cas fluides, d'où l'affleurement, quoique limité, d'une concurrence *extra-muros*.

9. Le candidat unique

Dans la mesure où l'on cherche que le groupe endosse un candidat, l'effet pervers est de favoriser la candidature unique au sein du groupe, reléguant de ce fait les autres candidats au statut d'*outsiders*, de marginaux. C'est ainsi que lors des élections de 2002, 2008 et 2011, il n'y avait que huit candidatures. En 2005, encore pire : sept candidats. En revanche, pendant les premières années de la Cour, dans les années cinquante, le fait de dépasser la vingtaine, voire la trentaine

[45] Déjà en 1954 l'Institut de droit international soulignait la convenance d'éviter une augmentation du nombre de juges « [q]ui serait de nature à rendre plus difficiles les délibérations de la Cour internationale de justice [...] » tout en ajoutant (para. 2) que « [S]i néanmoins des circonstances nouvelles rendaient nécessaire une certaine augmentation, le nombre des juges ne devrait pas excéder dix-huit [...] ».

de candidatures était à portée de main.[46] Sans pourtant aboutir à de tels chiffres, il serait convenable de récolter davantage de candidats ainsi que de parvenir à une concurrence réelle obligeant à négocier en dehors du groupe régional sans s'accrocher au quota.

Lors des dernières élections, en novembre de 2011, seuls les groupes de l'Europe orientale[47] et le groupe africain[48] ont offert une certaine concurrence. Dans les deux cas, un juge candidat à la réélection fût défié. Le premier (le juge slovaque Tomka) a remporté la réélection contre la candidate bulgare Kamenova. Le second (le juge Koroma, de Sierra Leone) s'est battu contre la candidate ougandaise Sebutinde, victorieuse après un tour électoral extraordinaire le 13 décembre de 2011[49]. Au sein des autres groupes (deux candidats du groupe asiatique et un candidat du groupe occidental et autres) il y a eu des candidats uniques (Owada, Xue, Gaja) dont deux (Owada, Xue) cherchaient la réélection.

10. Le genre

À propos des élections de 2011, il est curieux de remarquer que non seulement quatre juges avaient cherché la réélection pour les cinq sièges à occuper, mais aussi que la seule concurrence pour deux d'entre eux a été exercée par une candidate femme. Toutefois, le fait qu'une seule d'entre elles ait été finalement élue échappe à toute considération fondée sur le genre. Contrairement à ce qui se passe dans d'autres juridictions comme la Cour pénale internationale où ce critère a un caractère statutaire[50] (aujourd'hui les femmes sont plus nombreuses), dans le cas de la Cour international de justice Rossalyn Higgins fût la première –

---

46 Sans comptabiliser les 89 (!) candidats présentés à la première élection de juges à la Cour Permanente de Justice Internationale en 1921, un chiffre certainement déraisonné (voir Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, paras. 245-247.

47 Tomka *versus* Kamenova.

48 Koroma *versus* Sebutinde. Il y avait un troisième nominé avec peu d'incidence, le sénégalais Tall, appuyé par un seul groupe national.

49 Koroma avait été proposé par cinq groupes nationaux, le sien y compris, appartenant à trois régions différentes (l'Europe occidentale: la Finlande; l'Europe orientale : la Russie et la Hongrie ; l'Asie : la République de Corée et Singapour). Sebutinde avait été appuyée uniquement par deux groupes nationaux européens (la Croatie et le Danemark) plus l'Ouganda. Après cinq votations le 10 Novembre 2011 et trois votations le 22 du même mois, Koroma avait obtenu l'appui du Conseil de Sécurité (neuf votes sur quinze) manquant un seul vote pour gagner celui de l'Assemblée (puisqu'il y avait déjà 96 sur les 97 requis); Sebutinde avait par contre obtenu les 97 votes de l'Assemblée mais seulement six au Conseil. Dans le délai d'un mois, le lobbysme a abîmé les expectatives de Koroma. Le 13 décembre, au cours d'une seule votation, Sebutinde gardait les 97 votes dans l'Assemblée et elle atteignait les neuf votes au Conseil, alors que Koroma perdait trois votes du Conseil (restant 6) et trois à l'Assemblée (vraisemblablement les votes des mêmes membres qui avaient retiré leur vote au Conseil).

50 Article 36(8)(iii) du Statut de la Cour Pénale Internationale.

et la seule après un laps de temps très long – dame sur l'échiquier[51]. Actuellement, la Cour a davantage de juges femmes que jamais auparavant (Donoghue, Sebutinde et Xue)[52]. Hormis la récente élection de la juge ougandaise, on ne saurait qu'insister sur le fait qu'elles sont toutes des ressortissantes des pays membres permanents du Conseil.

« Aucune restriction – prévoit l'article 8 de la Charte des Nations Unies – ne sera imposée par l'Organisation à l'accès des hommes et des femmes, dans des conditions égales, à toutes les fonctions, dans ses organes principaux et subsidiaires ». Certes, la Cour, est l'un des organes principaux de l'Organisation. Dans une note de bas de page de son intéressant article, le juge Keith signale, sans entrer dans les détails, « l'échec presque absolu du processus électoral pour respecter l'article 8 de la Charte »[53]. Les chiffres parlent d'eux-mêmes. Ceux qui cultivent les approches féministes au droit international ont parlé d'une « aberration unique de la Cour international de justice »[54].

Néanmoins, il s'agit d'une question à corriger au fur et à mesure, sans nécessité d'adopter des mécanismes coactifs comme par exemple les quotas, qui finissent par discriminer sur la base du sexe alors que le principe qui devrait prévaloir est justement le contraire. Je suis d'accord avec le Président Guillaume quand il affirme que la taille morale et la compétence devraient continuer à être les premiers critères de choix, des exigences qui devraient l'emporter sur toute considération fondée sur le sexe, la race ou la religion[55].

Pendant les élections de 2008, Myriam Defensor Santiago, désignée par les Philippines – et finalement perdante après la réélection du juge jordanien Al-Khasawneh – a eu l'occasion de jouer la carte féministe. La retraite de Mme Higgins entraînait le retour à une Cour constituée uniquement d'hommes, elle était d'ailleurs la seule candidate femme. Les critiques de la polémique et active sénatrice philippine ont pourtant eu pour objet non pas la discrimination sur la base du genre, mais le désavantage des pays en voie de développement : « A

---

[51] Rossalyn Higgings a été juge de la Cour du 12 Juillet 1995 au 5 Février 2009, les trois dernières années en tant que Président.

[52] L'on devrait mentionner ici, tout d'abord, la pionnière Mme Bastid comme juge *ad hoc* désignée par la Tunisie dans l'affaire de la demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du *Plateau continental* avec la Lybie ; ensuite, la juge belge Christine van den Wyngaert, désignée par son pays dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* du 11 avril 2000 introduit par la République Démocratique du Congo, actuellement juge à la Cour Pénale Internationale ; enfin, l'australienne Hilary Charlesworth, désignée aussi par son pays dans l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* contre le Japon.

[53] Keith, « International Court of Justice », 50, note 3.

[54] Ch. Charlesworth, C. Chinkin & S. Wright, « Feminist Approaches to International Law », *American Journal of International Law*, 81, 1991, 613.

[55] Institut de Droit International (G. Guillaume, Rapporteur), *La situation du juge international*, para. 16.

candidate of a developing country must work twice as hard because the decision is not made on the individual's merits and qualification but on the diplomatic clout of the country concerned », et le *power game* « in which developed states tend to vote for countries where they have interests to protect such as foreign investments, use of natural resources and a big export market »[56].

11. L'importance de siéger au Conseil de Sécurité

Le fait de compter sur le Conseil de Sécurité est particulièrement important étant donné le rôle qu'il joue tout au long du processus électoral. Une mesure prévoyante pour les Etats plaideurs à la Cour est la possibilité de siéger au Conseil pendant une année électorale. Evidemment, cela n'est pas à la portée de tout le monde.

D'autre part, les occasions du candidat nominé augmentent substantiellement lorsque l'État dont il est ressortissant siège au Conseil. En effet, devenir membre du Conseil renforce la capacité négociatrice dans un petit marché où, paraît-il, tout peut se troquer. C'est du moins soulageant de savoir qu'un poste de juge coûte cher, au niveau du prix à payer pour devenir membre non permanent du Conseil[57].

12. De promesses et de faits

La possibilité de pouvoir convoquer des séances successives de votation jusqu'à obtenir la majorité nécessaire permet de mettre en œuvre toute sorte de combinaisons, parfois complexes: pour la première votation, pour la deuxième ou pour la troisième . . . La confidentialité du vote se prête ainsi à des petites – et de grandes – déloyautés. Ainsi, la plus grande des déloyautés est la votation en faveur de l'adversaire du candidat auquel on avait promis le vote, tandis qu'une déloyauté plus petite pourrait être de voter en faveur des deux candidats afin que personne ne perde ni ne gagne. Une telle manœuvre est possible puisqu'il n'y a pas besoin d'assurer les cinq postes avec les candidats des différents groupes régionaux même si cela est la ligne de conduite générale. Néanmoins, un État très accablé ou trop désireux de satisfaire les goûts les plus diverses pourrait mettre la croix dans la case de plusieurs candidats d'un même groupe, spécialement si au sein des autres groupes la candidature est unique et donc à peine encline à la surprise. Les États méfiants demandent des compromis par écrit. Enfin, le représentant permanent dépose le bulletin de vote en suivant soit les indications de son ministère, soit de

---

[56] Cité par Mackenzie, Malleson, Martin & Sands, *Selecting International Judges*, 2-3 et 125-126. Actuellement Myriam Defensor Santiago est juge à la Cour Pénale Internationale.

[57] Mackenzie, Malleson, Martin & Sands, *Selecting International Judges*, 123.

son libre arbitre s'il y a lieu à une marge de manœuvre suffisante. On connaîtra le péché dès le moment où la somme de promesses ne se corresponde pas aux votes obtenus, mais l'on aura du mal à connaître le pécheur[58].

Prenant en considération les circonstances ou le développement des votations, il existe également la possibilité qu'un candidat se retire. Le rôle joué par le gouvernement de sa nationalité à ce sujet dévoile qui dirige vraiment le jeu (une fois nominé un candidat, le groupe national perd le control, même formel, de la situation) ; d'où qu'on néglige le fait de l'appui que le candidat retiré a reçu d'autres groupes nationaux.

13. Conclusion

Si l'indépendance, la compétence professionnelle et l'intégrité morale sont des attributs nécessaires d'un tribunal digne de porter tel nom et de ses membres, il est indispensable de promouvoir ces valeurs à la Cour en encourageant des procédés de nomination et d'élection inspirés par les principes de transparence, de mérite, ainsi que de diversité et de représentation. Les résolutions de l'Institut de droit international ont d'ailleurs insisté que l'élection des juges internationaux, en particulier de la Cour, doit se fonder surtout sur la compétence individuelle en conformité avec l'article 2 du Statut[59].

Il a également été constaté que le nombre des candidats victorieux émergeant du réseau international des organes des Nations Unies, y compris le Conseil de Sécurité et la Commission de droit international, est disproportionnellement élevé[60]. Il serait donc désirable que l'éventail de candidats à la nomination dans chaque pays et à l'élection au sein des Nations Unies soit ouvert à une gamme plus large pour que les nominations effectuées par les groupes nationaux ainsi que aux élections des groupes régionaux (que ce soit au sein d'eux-mêmes ou en dehors) puissent se dérouler dans des conditions de concurrence réelle. De fait, on est à présent témoin du paradoxe suivant lequel plus il y a d'États membres de l'Organisation des Nations Unies, moins il y a de candidats à la Cour.

En ce qui concerne la nomination, il suffirait peut-être d'assurer la réalisation effective par les groupes nationaux des consultations prévues dans le Statut, ou l'ouverture du procédé de telle manière que l'ensemble de la communauté professionnelle intéressée à son déroulement puisse être mise au courant. En outre, l'adoption de critères et de méthodes de sélection, ainsi que de règles de procédé

---

58 Le juge Keith (Keith, « International Court of Justice », 51, note 4) évoque les élections de 2005 où il avait concurrencé (et vaincu) pour signaler que lors du premier tour de l'Assemblée Générale les 189 délégations qui votaient avaient concédé 268 voix aux deux candidats du groupe de 'l'Europe occidentale et autres', et 238 votes à la quatrième et dernière séance.

59 Institut de Droit International, (M. Huber, Rapporteur), « Etude des amendements », 1 (Résolution).

60 Mackenzie, Malleson, Martin & Sands, *Selecting International Judges*, 174.

et de publication des procès-verbaux serait souhaitable. Exclure les candidatures des membres du groupe national propre ou des hauts fonctionnaires des ministères des affaires étrangères en actif serait une mesure plus hardie, mais trop radicale, peu réaliste et même pas désirable.

Néanmoins, il existe une résistance claire à changer l'état actuel des choses. En effet, si ce passage était mis en œuvre, les groupes nationaux pourraient être poussés à motiver leurs propositions et le gouvernement et/ou les chancelleries pourraient être également obligés de justifier la désignation de leurs candidats. Ensuite, il serait désirable que les membres des groupes nationaux, si faits sur mesure ministérielle, récupèrent l'autonomie et que le gouvernement/ministères des affaires étrangères se conduisent avec une certaine élégance[61]. À ce sujet, il convient parfaitement de rappeler que le groupe national n'est pas un organe de nature consultative appartenant à l'administration extérieure de l'État, il s'agit en revanche d'un organe qui prend des décisions et que, le cas échéant, rend des consultations avec le gouvernement/ministères des affaires étrangères, étant donné qu'en cas de désaccord sur le nominé le ministère pourrait facilement ruiner sa campagne et ses probabilités de réussite.

Il ne faut pas se faire d'illusions. Au 30 juin 2012 vingt-deux États sur cent quinze États Parties aux Conventions de 1899 et de 1907 n'avaient pas constitué de groupe national ; ensuite, à peine une quarantaine d'États avaient un groupe national complet; enfin, cent trente personnes sur trois cent quarante-neuf figurant dans la liste[62] (c'est-à-dire, 37 pourcent appartenant à 42 groupes nationaux) avaient un mandat expiré[63]. Une telle attitude est du moins négligente, d'autant plus si l'on considère que les volontaires ne vont jamais manquer lorsqu'il s'agit d'occuper les postes vacants ou de substituer les vaincus (dans tous les sens du terme).

Il ne s'agit pas ici de critiquer les aspects politiques d'une nomination, encore moins ceux d'une élection, mais les excès capables d'annuler le mérite et de mettre en danger les valeurs relativement prêchés aux tribunaux et aux juges, ou sa perception par l'opinion publique[64]. Dans une certaine mesure, il suffirait d'un changement de mentalité ou d'attitude avec lesquelles ces enjeux sont abordés par ceux qui ont la responsabilité de les résoudre et la situation dans son ensemble puisse ainsi être substantiellement améliorée sans avoir à modifier le Statut.

---

61 Voir Institut de Droit International (G. Guillaume, Rapporteur), *La situation du juge international*, arts. 1(3) et 1(5).

62 Quarante-deux femmes.

63 CPA, *111e Rapport Annuel 2011*, Annexe 6, 76-125.

64 L'Institut de Droit International (G. Guillaume, Rapporteur), *La situation du juge international*, insiste à l'article 1(6) : « Le choix des juges doit être opéré en prenant avant tout en considération les qualifications des candidats, dont les autorités politiques doivent être pleinement informées. Il convient notamment de souligner que les élections des juges ne doivent pas faire l'objet de tractations préalables au cours desquelles les votes pour ces élections seraient subordonnés à des votes dans d'autres élections ».

Pas question de faire de l'escrime avec un stylo en main tout en essayant de dessiner des réformes radicales qui ne vont jamais se mettre en pratique ; des réformes uniquement réalisable lorsqu'il s'agit d'une nouvelle cour ou d'un tribunal compétent pour connaître des différends autres que ceux soumis à la juridiction de la Cour internationale de justice.

Malgré les critiques que le processus de nomination el l'élection méritent, un bon nombre de juges répondent d'une manière plus que satisfaisante aux paramètres du bon juge; et, en général, on s'attend à ce que leur caractère globalement représentatif permette d'équilibrer – d'un côté et de l'autre – les dérives politiques et les préjugés idéologiques. Lorsqu'une décision a le soutien d'une large majorité, voire l'unanimité des juges, son autorité est incontestable; D'autre part la Cour, comme toute instance collégiale, ne peut pas ignorer le *leadership* de certains de ses membres en raison de leur tempérament, leurs connaissances ou leur extraordinaire esprit de travail, ce que semble, en tout cas, un secret bien gardé.

Le juge finalement élu et en fonctions, pourrait connaitre des tentations auxquelles il doit faire attention. La compatibilité du rôle de juge de la Cour avec le rôle d'arbitre pourrait soulever des conflits d'intérêt qui ne devraient pas être laissées au hasard du caractère plus ou moins déterminant d'un président et du collège de juges[65]. Au contraire, il devrait faire l'objet d'une réglementation qui puisse canaliser et délimiter les frontières de l'activité[66]. Encore une fois, la femme de César. L'apparence de sa vertu est plus importante que la vertu elle-même. Evidemment, les juges ne doivent pas arbitrer des différends interétatiques touchant l'intérêt d'un État partie devant la Cour (actuellement ou auparavant, pour une période longue ou courte). Ces précautions gardées à l'esprit, et tant que la tâche ne nuit pas à leur dévouement envers la fonction judiciaire pour laquelle ils ont été élus, il semble alors raisonnable de considérer que les juges de la Cour anoblissent les tribunaux arbitraux auxquels ils appartiennent. Bien entendu, l'on s'est référé uniquement aux différends interétatiques. Un scénario bien différent est celui de l'arbitrage d'investissements, milieu où une position beaucoup plus prudente est requise. Reprenant les sirènes, Ulysse s'est fait attacher au mât pour s'empêcher de succomber aux chants qui avaient mené tant d'hommes au naufrage. Mais combien d'Ulysses connaît-on ?

---

[65] Une directive de la Cour (juillet 1996) invite les membres de la Cour à se modérer alors qu'elle dispose les consultations préalables au Président, avant d'émettre le consentement. Si opportun, le Président remettra le point en séance plénière. « L'expérience montre – affirme Guillaume – qu'il ne leur est pas toujours facile de refuser à un collègue l'autorisation requise ». L'Institut de Droit International (G. Guillaume, Rapporteur), *La situation du juge international*, para. 55.

[66] Voir Institut de droit international, (G. Guillaume, Rapporteur), *La situation du juge international*, art. 3(3).

CHAPTER THIRTY

THE INTERTWINING OF THE WILL OF THE PARTIES AND COMPULSORY JURISDICTION UNDER THE LAW OF THE SEA CONVENTION

Tullio Treves*

1.

The mechanism for the settlement of disputes set out in the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)[1] is based on compulsory jurisdiction. A State party to the Convention, for the very fact of being a party, is entitled to set in motion a judicial or arbitral proceeding against another party for the settlement of a dispute concerning the interpretation or application of the Convention. Admittedly, there are limitations (art. 297) and optional exceptions (art. 298) to such compulsory jurisdiction. Moreover, compulsory jurisdiction under UNCLOS only applies whenever such jurisdiction has not been excluded in an agreement applicable between the parties (art. 281) and unless another applicable agreement between the parties provides for submission, at the request of any party, to a procedure that entails a binding decision (art. 282). The principle remains nonetheless that of compulsory jurisdiction.[2]

Compulsory jurisdiction does not exclude, in the UNCLOS system, jurisdiction by agreement. Article 286 provides that the parties may agree at any time to

* Professor of international law, University of Milan. Former judge of the International Tribunal for the Law of the Sea.

1 Opened to signature at Montego Bay, Jamaica, on 10 December 1982, available online at: www.itlos.org, and in print in International Tribunal for the Law of the Sea, *Basic Texts 2005*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 97ff.

2 In the Annex VII, the Arbitral Tribunal in its Award of 4 August 2000 on the *Southern Bluefin Tuna case (New Zealand and Australia v. Japan)*, 39 ILM 1359 (2000), paras. 60–63, argues from the presence of articles 281 and 297 to conclude that "UNCLOS falls significantly short of establishing a truly comprehensive regime of compulsory jurisdiction entailing binding decisions" (para. 62). This statement seems to be based on a quantitative assessment of what is included and of what is excluded from compulsory jurisdiction under UNCLOS. It seems nonetheless clear, in light of articles 286 and 282, that the rule is compulsory jurisdiction.

settle a dispute by any peaceful means of their own choice, including judicial and arbitral means. Article 287, which is at the centre of the compulsory jurisdiction mechanism, contains in a number of its provisions the expression "unless the parties otherwise agree". Moreover, the Statute as well as the Rules of the Law of the Sea Tribunal are clear in envisaging that a case may be brought to the Tribunal not only by application but also by notification of a special agreement.[3]

In view of the special characteristics of the compulsory mechanism for the settlement of disputes set out in UNCLOS, the distinction between jurisdiction established by the unilateral will of one party and by the agreement of the two parties is less clear-cut than it might appear. The practice of the International Tribunal for the Law of the Sea presents various situations in which the interpreter can legitimately raise the question whether a specific case is submitted to adjudication unilaterally or by agreement.

2.

The cases to consider are those in which proceedings were started by a request to establish an international arbitral tribunal under annex VII to UNCLOS and later transferred, by agreement of the parties, to the Law of the Sea Tribunal or to a chamber thereof. In these cases submission of the dispute to an arbitral tribunal under annex VII was the only possibility to take advantage of the compulsory jurisdiction provisions of UNCLOS, as the parties either had not made any choice of a preferred adjudicating body or had made different explicit or presumed choices under article 287. Once the request for the establishment of an annex VII arbitration tribunal had been made the parties considered more convenient to submit the case to the Law of the Sea Tribunal and agreed to do so.

A certain degree of uncertainty with respect to the view of the Tribunal as to the basis of its jurisdiction emerges in the judgments concerning these cases.[4] As it will be seen, while in the cases so far decided by the Tribunal such uncertainty did not have consequences on the decision, it cannot be excluded that in future cases deciding on the matter may entail such consequences.

---

[3] Statute of the Tribunal (Annex VI to UNCLOS), art. 24(1); Rules of the Tribunal, adopted on 28 October 1992, arts. 54 and 55. Both texts are available online at: www.itlos.org, and in print in International Tribunal for the Law of the Sea, *Basic Texts 2005*, 1ff. and 15ff.

[4] Some of the remarks that follow are set out in briefer form in the present author's Declaration appended, in his quality as a Judge, to the Judgment of the International Tribunal for the Law of the Sea in the *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar* of 14 Mar. 2012, available at: www.itlos.org.

3.

The first of these cases, the *M/V "SAIGA" case*, was submitted by Saint Vincent and the Grenadines to an annex VII arbitral tribunal, and later transferred to the Tribunal by an agreement concluded in 1998 with Guinea, the other party to the case.[5] The Tribunal found that "the basis of its jurisdiction is the 1998 Agreement, which transferred the dispute to the Tribunal, together with articles 286, 287 and 288 of the Convention".[6] As the Tribunal quotes both the transfer agreement and the provisions establishing compulsory jurisdiction, it leaves open the question as to whether the basis of jurisdiction was to be found in the compulsory jurisdiction articles 286, 287 and 288 to which the unilateral notification of Saint Vincent and the Grenadines for the establishment of an arbitral tribunal referred, or in the 1998 Agreement.

In examining further in the Judgment whether Guinea could raise objections to admissibility, the Tribunal seems to have opted for an interpretation of the 1988 Agreement ruling out the Agreement as the basis of its jurisdiction. It stated that, in its view:

> the object and purpose of the 1998 Agreement was to transfer to the Tribunal the same dispute that would have been the subject of the proceedings before the arbitral tribunal. Before the arbitral tribunal each party would have retained the general right to present its contentions. The Tribunal considers that the parties have the same rights in the present proceedings.

Consequently, it concluded "that the 1998 Agreement does not preclude the raising of objections of admissibility by Guinea".[7]

4.

In the *Swordfish* case,[8] Chile initiated proceedings against the European Community (later European Union) by requesting the institution of annex VII arbitral proceedings under article 287, paragraph 3, of the Convention. Through an agreement concluded by exchange of letters dated 18 and 19 December 2000,[9] the parties later agreed that the dispute "be not proceeded" in accordance with the

---

[5] International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), *M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Provisional Measures, Order of 11 Mar. 1998, ITLOS Reports 1998, at 14, and Judgment of 1 Jul. 1999, ITLOS Reports 1999, at 10.

[6] Para. 43 of the Judgment.

[7] Para. 51 of the Judgment.

[8] *Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks (Chile/European Community*—later *European Union)*, Order of 20 Dec. 2000, ITLOS Reports 2000, at 148.

[9] Published in the Tribunal's Order 20 December 2000, ITLOS Reports 2000, at 148, paras. 2 and 3.

arbitral procedure and that it would be submitted, as in fact it was, to a special chamber of the Tribunal. The agreement provided that the Chamber should decide on a list of issues "to the extent that they are subject to compulsory procedures entailing binding decisions under Part XV of the Convention."

Again, the doubt is legitimate as to whether the basis of jurisdiction in the case was compulsory jurisdiction under the relevant articles of UNCLOS or jurisdiction by agreement. In favour of the second interpretation it may be argued that the agreement is similar to a *compromis* in that it submits to the Special Chamber a list of issues to be decided not all of which were identical with those Chile had submitted to the arbitral tribunal. The same conclusion seems supported by the fact that the agreement specifies that the case "shall be deemed to have been instituted [...] on the date on which the parties have notified the Tribunal of their request to submit their dispute to a special chamber of the Tribunal". In favour of the first interpretation it may, however, be argued that the parties, in stating that the jurisdiction of the Chamber would not extend to matters which it would not have been possible to submit to the arbitral tribunal under article 287, retained the fundamental characteristics of cases submitted to adjudication on the basis of the compulsory jurisdiction provisions of UNCLOS. The possible broader subject-matter jurisdiction which (as it will be remarked further) parties may by agreement obtain was excluded.

The Tribunal did not have the possibility to express its view on the question. After postponements spanning over a decade, the parties discontinued the case in view of a settlement they had reached by agreement.[10]

5.

Further, a pending case also, that of the *M/V "Virginia G"* between Panama and Guinea Bissau, was initiated by the institution of arbitral proceedings under article 287 and transferred by agreement to the Tribunal.[11] In this case the parties agreed that the proposal of Panama to transfer the case to the Tribunal and its acceptance by Guinea Bissau constituted a special agreement to submit the case to the Tribunal under article 55 of the Rules of the Tribunal (which deals with submission of a dispute to the Tribunal by notification of a special agreement). In this case the common will of the parties in stating the meaning of the agreement seems to have been such as to dispel doubts as to the basis of jurisdiction.

---

[10] Order of the Tribunal of 16 Dec. 2009, ITLOS Reports 2008–2010, at 13, removing the case from the List of cases.

[11] The relevant documents are available at: www.itlos.org.

6.

In the *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, decided by Judgment of 14 March 2012,[12] submission of the case to adjudication was initiated by Bangladesh on 8 October 2009 instituting annex VII arbitral proceedings against Myanmar in reliance on the compulsory jurisdiction provisions of the Convention and the fact that, at that time, neither party had made a declaration choosing a procedure for the exercise of compulsory jurisdiction under article 287 of the Convention. The submission of the case to the Law of the Sea Tribunal was obtained in this case through the will of the parties with a legal technique different from that followed in the three previously considered cases. On 4 November 2009 Myanmar made a declaration "in accordance with article 287, paragraph 1," of the Convention, accepting the jurisdiction of the Tribunal for the settlement of the dispute with Bangladesh relating to the delimitation of the maritime boundary between the two States. On 12 December 2009 Bangladesh made an almost identical declaration. On 13 December 2009 Bangladesh, in a letter of its Minister of Foreign Affairs addressed to the Tribunal, stated that: "Given Bangladesh's and Myanmar's mutual consent to the jurisdiction of ITLOS and in accordance with the provisions of UNCLOS Article 287(4), Bangladesh considers that your distinguished Tribunal is now the only forum for the resolution of the parties' dispute".

The reference to the "mutual consent" of the Parties gives the impression that agreement and not compulsory jurisdiction is seen as the basis of jurisdiction, while the reference to article 287, paragraph 4, gives the opposite impression. Myanmar in its *Counter-Memorial* (paragraph 1.7) opts clearly for the view that the jurisdiction of the Tribunal is based "on a special agreement between Myanmar and Bangladesh under article 55 of the Rules of the Tribunal, which agreement is reflected in their respective declarations dated 4 November 2009 and 12 December 2009". The opposite view is held in the Separate Opinion of Judge Ndiaye who holds that the case has been submitted to the Tribunal by application and that the application is Bangladesh's letter of 13 December 2009.[13]

The Tribunal leaves the question open by referring both to the compulsory jurisdiction provisions and to the agreement of the parties. In the narrative part of the Judgment it reports having entered the case in the List of cases "[i]n view of the above-mentioned declarations, and the letter of the Minister of Foreign Affairs of Bangladesh dated 13 December 2009".[14] In deciding on its jurisdiction, it refers to the acceptance of such jurisdiction by the declarations of the

---

[12] ITLOS, *Delimitation of the Maritime Boundary*.

[13] ITLOS, *Delimitation of the Maritime Boundary*, Separate Opinion of Judge Ndiaye, paras. 3–21.

[14] ITLOS, *Delimitation of the Maritime Boundary*, Judgment, para. 5.

Parties under article 287, paragraph 1, of the Convention[15] and to the fact that "the Parties agree that the Tribunal has jurisdiction to adjudicate the dispute".[16]

7.

Seen together with the three other cases mentioned, the *Bangladesh/Myanmar* case confirms that the compulsory jurisdiction provisions of the Convention are often necessary for a dispute concerning the interpretation or application of the Convention to be submitted to adjudication. All these are cases which, at least presumably, would not have been submitted to proceedings entailing a binding decision had no provision on compulsory jurisdiction existed in the UNCLOS.

These cases also show, however, that after unilateral submission to adjudication, and in light of the fact that there is no way to avoid adjudication, the common will of the parties may intervene in various ways to replace the adjudicating body initially called to exercise jurisdiction. The three cases examined first show that this may be done by agreements to transfer the case from one adjudicating body to another or to cancel the previously commenced proceedings and to institute new proceedings.

In the delimitation case between Bangladesh and Myanmar the Parties resorted to declarations under article 287, paragraph 1, as a means to reach an agreement to establish the jurisdiction of the Tribunal, replacing the jurisdiction of the arbitral tribunal that was to be established upon the unilateral notification by Bangladesh. The declarations under article 287 accepting the jurisdiction of the Tribunal were made by the two parties not in general terms, as the drafters of the Convention presumably intended in light of the general language they used, but with respect to a single specific dispute.[17]

In all examined cases, unless the clear will of the parties solves the issue, the interpretation question remains open as to whether the agreements concluded for transferring jurisdiction from one adjudicating body to another amount to a new submission by special agreement or to a simple transfer of the case to the other adjudicating body without any change. In particular, in the case between Bangladesh and Myanmar, the interpretative question that arises is whether the parties by making their declaration under article 287 concluded a special agreement (as Myanmar states in its Counter-Memorial quoted above) or whether the

---

[15] *Ibid*., para. 47.

[16] *Ibid*., para. 49.

[17] It is worth noting that in the *M/V "Louisa" Case*, the Tribunal recently had to consider a declaration made under article 287 limited to a very narrow category of disputes. The declaration by Saint Vincent and the Grenadines considered in that case chooses the Tribunal "as the means for the settlement of disputes concerning the arrest or detention of vessels": *M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Provisional Measures, Order of 23 Dec. 2010, ITLOS Reports 2008–2010, at 58.

references to article 287 require that jurisdiction be considered as established unilaterally by Bangladesh's letter of 13 December 2009.

8.

Does the fact that jurisdiction of the Tribunal is based on the compulsory jurisdiction provisions of UNCLOS or on the agreement of the parties make a difference? In the cases examined and decided by the Tribunal no issue has arisen that would make the determination of the basis of jurisdiction relevant for deciding a question submitted to the Tribunal. The remarks in the *M/V "SAIGA"* Judgment quoted in paragraph 3 above indicate, however, that such a determination may be important in certain cases.

The most relevant of such cases concerns, in my view, the applicability to the dispute of the limitations and exceptions to jurisdiction set out in articles 297 and 298 of the Convention. These limitations and exceptions undoubtedly apply to disputes submitted to adjudication under section 2 of Part XV of the Convention (namely, on the basis of the compulsory jurisdiction of the courts and tribunals mentioned therein) as they are included in section 3 of Part XV, entitled "Limitations and exceptions to applicability of section 2". They do not, however, apply to cases submitted to adjudication by the agreement of the parties on the basis of section 1.

This difference alone seems to warrant close attention by the Tribunal in future cases, as its jurisdiction would result broader if it were to come to the conclusion that the dispute has been submitted by agreement. The already mentioned cautionary language used in the agreement submitting the *Swordfish* case to a Chamber of the Tribunal stating that the jurisdiction of the Chamber would not extend to matters which it would not have been possible to submit to the arbitral tribunal under article 287, indicates that the parties were aware of the possible interpretative difficulty and agreed to eliminate the main reason why such a solution of the difficulty in one or the other sense could have mattered.

CHAPITRE TRENTE-ET-UN

LA *LEX ARBITRII* DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : MYTHE OU RÉALITÉ ?

Jean-Michel Jacquet*

Nous souhaitons consacrer les lignes qui vont suivre à notre collègue et ami, le professeur Pierre-Marie Dupuy. Outre la complicité chaleureuse qui nous a unis dans la vie quotidienne à l'Institut, et en dehors de l'admiration pour l'oeuvre lumineuse d'un maître du droit international public, il y a le plaisir que deux juristes formés à « l'école française » ont pu avoir à travailler, en dehors de la France, sur des domaines voisins et qui se rejoignent souvent. Il en est ainsi du droit de l'arbitrage international, et nous voudrions ici nous livrer à quelques explorations de la question récurrente de la *lex arbitrii*[1] dans le cadre de l'arbitrage commercial international, où elle se pose avec son acuité maximale.

L'essor de l'arbitrage international depuis la deuxième moitié du vingtième siècle s'est accompagné d'une activité normative sans précédent. Celle-ci se caractérise par la diversité des sources. Les sources internationales ont joué un rôle moteur puis se sont, au moins provisoirement, taries : aucun traité à vocation universelle n'est entré en vigueur depuis plus d'une cinquantaine d'années. La Convention de New York de 1958 demeure sans doute pour longtemps encore le texte fondamental, voire fondateur an niveau mondial. Les sources informelles ont proliféré : règlements d'arbitrage, principes directeurs, codes d'éthique ou de

* Professeur honoraire à l'Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement, Genève.

[1] Par voie de conséquence, cette question se pose également pour des arbitrages en matière d'investissement international, lorsque ceux-ci se déroulent hors du cadre du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI). Pour l'arbitrage CIRDI, la question d'une *lex arbitrii* nationale ne se pose pas, ainsi que l'impose le « système CIRDI ». Mais cette question est importante pour tous les arbitrages de droit commun (avec ou sans recours au règlement d'une institution d'arbitrage, ou au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies Pour Le Droit Commercial International (CNUDCI) quelle que soit la matière sur laquelle ils portent (Cf. M. Audit, « Droit des investissements internationaux », *Jurisclasseur droit international*, Fasc. 572-65, Contentieux arbitral international – droit commun, n° 4 s.)

déontologie[2]. L'autonomie largement reconnue à l'arbitrage international leur laisse un vaste espace de développement et toute possibilité d'être choisies par les parties ou les arbitres.

Mais le phénomène le plus remarquable se situe sans doute au niveau des sources nationales : les lois relatives à l'arbitrage se sont multipliées. Cette effervescence législative a correspondu à des objectifs variés : certains pays ont modernisé leurs lois d'arbitrage afin de consolider leur position de pays leader en matière d'arbitrage international et de conforter leur rôle de « place d'arbitrage ». D'autres ont manifesté leur désir de s'associer à ce mouvement dans la mesure où l'ouverture à des modes de règlement des litiges adaptés aux besoins des opérateurs économiques relève de la panoplie des mesures imposées par l'adaptation à la mondialisation de l'économie[3].

L'augmentation continue du nombre des lois ne s'est pas réalisée de façon complètement désordonnée. Bien que chaque législateur soit resté libre des lois qu'il voulait adopter, plusieurs facteurs ont contribué à une certaine homogénéisation. Au plan institutionnel, la Commission des Nations Unies Pour Le Droit Commercial International (CNUDCI) a adopté en 1985 la loi-type sur l'arbitrage commercial international. Cette loi a servi de modèle de législation à de nombreux législateurs nationaux. Ainsi s'est diffusée une certaine conception du droit de l'arbitrage international. La doctrine a également joué un rôle important pour la promotion des grandes règles de base de l'arbitrage international. Un paradoxe subsiste cependant dans la mesure où l'internationalisation et l'homogénéisation du droit de l'arbitrage international résulte de lois nationales cependant favorables, quoique avec beaucoup de nuances, à une certaine autonomie de l'arbitrage international.

Ces lois jouent le rôle de loi de l'arbitrage, ou *lex arbitrii*, mais leur rôle reste controversé, surtout en France où une conception très libérale et autonomiste du droit de l'arbitrage s'est imposée dans la jurisprudence et auprès d'une bonne partie de la doctrine[4]. Aussi ne nous paraît-il pas inutile de nous pencher sur cette question. A cette fin nous étudierons successivement la connaissance (1), puis le rôle (2) de la *lex arbitrii*.

---

[2] Cf. G. Kaufmann-Kohler, « Soft Law in International Arbitration: Codification and normativity », *Journal of International Dispute Settlement*, 1(2), 2010, 283.

[3] Cf. Ph. Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Ecrits : Droit de l'arbitrage. Droit du commerce international*, Paris, Comité français de l'arbitrage, 2007, 471.

[4] Cf. J.-P. Ancel : « L'arbitrage international en France », *Archives de Philosophie du Droit*, 52, 2009, 197 ; J.-B. Racine, « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 2005, 305-360 ; pour une réflexion approfondie sur l'ensemble de la question, cf. E. Gaillard, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 329, 2008, 53.

1. La connaissance de la *lex arbitrii*

La notion de *lex arbitrii* ne prend véritablement son sens que dans l'arbitrage international[5]. Parmi les différentes lois avec lesquelles une procédure d'arbitrage déterminée est en contact, l'une d'elles doit-elle se détacher en qualité de *lex arbitrii* ? Pour répondre à cette question, il importe d'envisager successivement les questions de la désignation (1.1) puis des composantes (1.2) de la *lex arbitrii*.

1.1. *La désignation de la* lex arbitrii

Selon une affirmation répandue la *lex arbitrii* est la loi relative à l'arbitrage qui est en vigueur dans le pays du siège du tribunal arbitral. Pour exacte qu'elle soit dans un nombre de cas très majoritaire, cette affirmation mérite d'être précisée et nuancée[6]. Car, si le siège du tribunal arbitral joue effectivement un rôle éminent, celui-ci n'est cependant pas exclusif.

1.1.1. La désignation de la *lex arbitrii* au moyen du siège de l'arbitrage

Les lois qui s'attribuent la qualité potentielle de *lex arbitrii* le font généralement en se donnant pour objet l'arbitrage, et en fixant elles-mêmes leur champ d'application dans l'espace relativement à cet objet. La démarche est indiscutablement unilatéraliste car, en procédant de la sorte, ces lois indiquent leur volonté d'application et postulent clairement leur indifférence à une application qui irait au-delà des critères qu'elles ont elles-mêmes retenu. Ainsi, la loi grecque du 18 Août 1999 sur l'arbitrage international (no. 2735/1999) déclare à son article 1, intitulé « Champ d'application » : « Les dispositions de la présente loi s'appliquent, sous réserve de ses articles 8, 9 et 36 et des conventions internationales, à l'arbitrage international, dont le lieu est situé sur le territoire grec ». Une volonté d'application aussi clairement exprimée invite manifestement les parties à l'arbitrage à prendre appui sur le critère d'application retenu – le lieu, assimilé au siège de l'arbitrage[7] – afin de soumettre leur arbitrage à la loi de leur choix. Sans doute, les parties ne disposent pas de la possibilité de choisir *directement*

---

[5] Pour une étude d'ensemble, cf. G. Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2004 ; R. Goode, « The role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration », in F.D. Rose (ed.), *Lex Mercatoria: Essays on International Commerce Law in honor of Francis Reynolds*, Londres, LLP, 2000, 245 (également dans le *Arbitration International*, 17(1), 2001, 19-40) ; W. Park « The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration », *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983, 21 ; L. Mistelis, « Reality Test : Current State Of Affairs In Theory And Practice Relating To *Lex Arbitri* », *American Review of International Arbitration*, 17, 2006, 155.

[6] En ce sens, cf. J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Paris, LGDJ, 2002, 86.

[7] Sur cette assimilation, qui consiste à considérer comme non relevant le lieu où s'effectuent concrètement les opérations relatives à l'arbitrage, cf. P. Lalive, J.-F. Poudret &

le droit qui jouera le rôle de *lex arbitrii* par rapport à l'arbitrage dans lequel elles sont engagées. Mais, en fixant le siège de leur arbitrage dans le pays dont la loi retient précisément le siège comme critère d'application, elles sont certaines de provoquer l'application de cette loi[8]. Cette solution n'est pas sans évoquer celle qui est retenue en matière de détermination du droit applicable aux sociétés commerciales, pour lesquelles l'autonomie de la volonté n'est généralement pas acceptée, mais où les parties peuvent néanmoins provoquer l'application de la loi de leur choix si elles satisfont le critère (incorporation ou siège social) retenu par l'auteur de la loi[9].

Ce résultat est d'autant plus facile à obtenir qu'il n'est généralement pas exigé que le siège corresponde à une localisation effective des opérations d'arbitrage[10] ; il sera reconnu comme tel par les arbitres et les juridictions éventuellement appelées à intervenir dans l'arbitrage dès qu'il aura été désigné par les parties, les arbitres ou telle autre autorité qui aura été indiquée dans la loi ou la convention d'arbitrage. La règle s'éloigne cependant d'une détermination de la *lex arbitrii* par l'autonomie de la volonté des parties, non seulement dans la mesure où le choix direct de la loi d'arbitrage n'est pas envisagé, mais aussi parce que ce résultat se produira également dans les cas où les parties ne sont pas informées du rôle du siège ou ont négligé d'en tenir compte. Il ne s'agit pas ici d'un « rattachement psychologique » selon la formule jadis employée par A. Curti-Gialdino[11]. La loi d'arbitrage qui se déclare applicable en fonction de la fixation du siège de l'arbitrage sur le territoire de l'Etat qui l'a édictée s'applique en dehors de toute considération de la volonté ou des prévisions des parties. Si les parties en éprouvent quelque déconvenue, elles ne pourront écarter cette loi qu'en modifiant le siège de leur arbitrage dans la mesure où cela est possible[12].

La soumission des procédures d'arbitrage à la loi du siège du tribunal arbitral ne s'effectue pas toujours sur la seule constatation de la fixation du siège sur le

---

C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot Lausanne, 1989, 294 ; G. Kaufmann-Kohler & A. Rigozzi, *Arbitrage international. Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2ème éd., Berne, Weblaw, 2010, 45 ; T. Clay, « Le siège de l'arbitrage international entre 'ordem' et 'progresso' », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. V, 2011.

[8] Cf. L. Radicati di Brozolo « The Impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration: Mythology, physiology, pathology remedies and trends », *Paris Journal of Arbitration*, 2011, 663.

[9] Cf. M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 2ème éd., Paris, Montchrestien, 2008, 93ss.

[10] Cf. T. Nakamura, « The Place of Arbitration – Its fictitious Nature and Lex Arbitri », *International Arbitration Report*, 15(10), 2000, 23-29, et les réponses de N. Rubins, « The Arbitral Seat is No Fiction: A Brief Reply to Tatsuya Nakamura's Commentary, 'The Place of Arbitration – Its Fictitious Nature and Lex Arbitri' », *International Arbitration Report*, 16(1), 2001, 23-28 et P. Pinsolle, « Parties to An International Arbitration With the Seat in France are at Full Liberty to Organise the Procedure as they See Fit: A Reply to the Article by Noah Rubins », *International Arbitration Report*, 16(3), 2001, 30.

[11] Cf. A. Curti-Gialdino, « L'autonomie de la volonté des parties en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 137, 1972-III, 751.

[12] Cf. Kaufmann-Kohler et Rigozzi, *Arbitrage international*, 51, note 116.

territoire de l'Etat auteur de la loi. Une autre condition s'ajoute fréquemment : il s'agit de la condition relative au caractère international de l'arbitrage. Une telle condition est nécessaire lorsque la loi en cause établit un régime juridique différent pour l'arbitrage interne et l'arbitrage international : il lui est alors nécessaire de distinguer parmi tous les arbitrages ayant leur siège sur le territoire du for les arbitrages internes des arbitrages internationaux[13]. Tel est le cas de la Loi sur le Droit International Privé (LDIP) suisse dont l'article 176(1) dispose « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse ».

Avec de telles règles, la fonction internationale du siège de l'arbitrage apparaît nettement, puisque celui-ci est préféré à tout autre critère de rattachement qui pourrait provoquer la soumission de l'arbitrage à une loi donnée. La détermination unilatérale de ce critère d'application de la loi dans une espèce de caractère international ôte tout doute à cet égard.

1.1.2. L'absence d'exclusivité de la loi du siège de l'arbitrage

La fixation du siège de l'arbitrage sur le territoire d'un Etat déterminé ne garantit pas systématiquement l'application exclusive de cette loi à cet arbitrage. Deux situations en témoignent.

a) La première situation trouve son origine au sein des lois qui retiennent expressément le critère du siège de l'arbitrage afin de déterminer leur champ d'application international. Certaines de ces lois ne se bornent pas à se déclarer applicables en fonction de la situation du siège de l'arbitrage sur leur territoire, mais ajoutent qu'elles sont disposées également à s'appliquer lorsqu'elles ont été choisies par les parties. Tel est le cas de la loi égyptienne n° 27 du 21 avril 1994, qui déclare à son article premier :

> Sous réserve des dispositions des conventions internationales applicables en République arabe d'Egypte, les dispositions de la présente loi sont applicables à tout arbitrage [...] si cet arbitrage a lieu en Egypte, ou, s'il s'agit d'un arbitrage commercial qui a lieu à l'étranger, lorsque les parties ont décidé de le soumettre aux dispositions de cette loi

---

[13] Sur cette question, voir, parmi une littérature relativement abondante : P. Lalive, « Un faux problème : monisme ou dualisme dans la législation arbitrale ? », in *Les contrats de distribution : Mélanges offerts au Professeur Francois Dessemontet*, CEDIDAC, Lausanne, 2009, 255 ; P. Mayer, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 2005, 361 ; A. Bonomi & D. Bochotay (dir.), *Arbitrage interne et international : Actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009*, Genève, Droz, 2010, avec les contributions de A. Bonomi, J.M. Jacquet, J.C. Fernandez Rozas et L.G. Radicati di Brozolo ; J. Pellerin, « Monisme ou dualisme, le point de vue français », *Les cahiers de l'Arbitrage*, 4, 2008, 133.

ou encore de la loi turque no. 4686 du 20 juin 2001 sur l'arbitrage international, dont l'article 1(2) déclare : « Cette loi s'applique aux différends comportant un élément d'extranéité et dont le lieu d'arbitrage est en Turquie ou aux différends pour lesquels elle a été choisie soit par les parties soit par l'arbitre unique ou le tribunal arbitral »[14]. D'autres lois adoptent des dispositions en ce sens[15].

Cette introduction de l'autonomie des parties au niveau de la *lex arbitrii* conduit à étendre les cas d'application de cette loi même à des arbitrages étrangers ou internationaux dont le siège n'aurait pas été fixé sur le territoire national. Elle peut présenter pour les parties l'avantage de soumettre leur arbitrage à la loi d'un Etat dans lequel elles n'auront pas été désireuses de fixer le siège de cet arbitrage. Il peut y avoir de bonnes raisons à cela. Cependant cette solution expose au risque de créer des conflits positifs de loi applicable à l'arbitrage si le siège a été fixé dans un pays qui retient lui-même le siège comme déterminant du champ d'application de sa propre loi sur l'arbitrage. En pratique cette solution ne semble guère être appliquée. L'expérience des conflits de lois en matière d'arbitrage qu'elle pourrait susciter fait donc assez largement défaut.

L'examen des lois d'arbitrage démontre également que bon nombre d'entre elles prévoient expressément d'appliquer certaines de leurs règles (et non l'ensemble de la loi qui reste applicable selon le critère du siège) à des arbitrages qui n'ont pas leur siège sur leur territoire. Il faut ici réserver une exception de taille, mais qui n'est pas de nature à poser problème, et qui est relative aux règles sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. La Convention de New York de 1958 impose elle-même cette solution conforme aux exigences de la circulation internationale des sentences arbitrales issues d'arbitrages eux-mêmes soumis à des lois étrangères[16].

En dehors de ce cas, les règles les plus fréquemment rencontrées sont relatives à l'octroi de mesures provisoires ainsi qu'à l'exception d'arbitrage invoquée devant les juridictions locales[17]. Elles sont justifiées toutes deux pour des raisons qui leur sont propres.

---

[14] Textes publiés respectivement dans la *Revue de l'Arbitrage*, 4, 1994, 763, avec un commentaire de B. Fillion & P. Leboulanger, 665 ; *Revue de l'Arbitrage*, 1, 2002, 217, avec la présentation de V. Sevig ; cf. également l'article 452 al. 4 de la loi malgache no. 98-019 du 11 novembre 1998 sur l'arbitrage, texte dans la *Revue de l'Arbitrage*, 2003, 55 ; cf. R. Jakoba, « Droit et pratique de l'arbitrage à Madagascar », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 2003, 381.

[15] Cf. la loi tunisienne 93-42 du 26 avril 1993, portant promulgation du Code de l'arbitrage, art. 47(2), texte dans la *Revue de l'Arbitrage*, 4, 1993 721, cf. également le commentaire par K. Meziou et A. Mezghani. 521 ; Loi syrienne sur l'arbitrage du 25 Mars 2008, article 2-1, texte dans la *Revue de l'Arbitrage*, 4, 2008, 851, commentaire par J. El-Hakim, 659.

[16] Sur cette question, voir partie 2.2 ci-dessous.

[17] Cf. Loi anglaise (*Arbitration Act* de 1996), *Revue de l'Arbitrage*, 1, 1997, 93, art. 2 ; Loi espagnole 60/2003 du 23 déc. 2003, *Revue de l'Arbitrage*, 2, 2004, 459, art. 1(2), ce texte spécifiant les dispositions de la loi qui s'appliquent « même lorsque le lieu de l'arbitrage se situe en dehors de l'Espagne » ; Loi dominicaine du 19 déc. 2008, *Revue de l'Arbitrage*, 3, 2009, 661, art. 1(2) ; Loi mauricienne sur l'arbitrage international du 25

Les mesures provisoires peuvent être rendues nécessaires sur des biens ou en des lieux qui n'ont aucun rapport avec le siège de l'arbitrage[18]. Sauf à en refuser le principe – ce qui n'est guère conforme aux besoins à satisfaire et à la tendance actuelle – il est donc normal d'en reconnaître la possibilité à l'égard de procédures arbitrales non soumises à la loi du for. Il n'est cependant pas absolument exclu que la loi qui autorise dans de telles conditions l'octroi de mesures provisoires entre en conflit avec la *lex arbitrii.* Toute combinaison des deux lois ne devrait alors pas forcément être exclue.

L'exception d'arbitrage devant les juridictions locales-et non seulement devant celles qui dépendent de la *lex arbitrii-* est, de son côté, parfaitement justifiée. Il n'y a en effet aucune raison de cantonner celle-ci aux arbitrages qui auraient pour *lex arbitrii* la *lex fori* du juge étatique saisi. L'admission de la solution inverse conduirait à la négation de l'arbitrage international comme mode de solution des litiges par le rejet de toute reconnaissance des conventions d'arbitrage liant les parties ou de toute coordination avec des procédures d'arbitrage en cours[19].

b) La deuxième situation se rencontre avec des lois qui, telle la loi française, se refusent à faire du siège de l'arbitrage davantage qu'un critère partiel d'application de certaines règles. Le droit français de l'arbitrage international s'applique en effet, au moins potentiellement, sur la seule constatation du caractère international de l'arbitrage selon la définition qu'en fournit l'article 1496. Cette solution, parfois critiquée comme contraire à toute harmonie internationale des solutions, repose sur une conception très favorable à l'autonomie de l'arbitrage international. Cependant l'autonomie de l'arbitrage international, assumée par le droit français de l'arbitrage international, explique le grand nombre de règles matérielles qui convergent vers la reconnaissance et le soutien de cette autonomie. Elle n'implique pas que les tribunaux français s'arrogent une compétence exorbitante en la matière[20]. Il convient maintenant de se tourner vers les composantes de la *lex arbitrii.*

---

nov. 2008, *Revue de l'Arbitrage*, 4, 2009, 942, art. 3(1)(c)(ii) renvoyant aux arts. 5, 6, 22 et 23 ; Code de l'arbitrage tunisien précité, art. 47(2) renvoyant aux articles 53, 54, 80, 81 et 82 ; Loi allemande du 22 déc. 1997, *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1998, 441, para. 1025 renvoyant aux paras. 1032, 1033 et 1050 ; Loi mexicaine sur l'arbitrage du 22 juill. 1993, *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1994, 405, art. 1415, renvoyant aux articles 1424, 1425, 1461, 1462 ; Loi néerlandaise sur l'arbitrage, art. 1020 à 1076 Code de Procédure Civile (CPC), *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1988, 349, art. 1074.

18 Cf. par exemple, pour la Suisse, A. Bucher, « Article 183 », in A. Bucher (éd.), *Commentaire romand : Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, 1612 ; pour la France, J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.), *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international Evolutions et innovations*, Paris, Litec, 2007.

19 L'article II de la Convention de New York est en ce sens.

20 Cf. « SA Elf Aquitaine et autre v. M. A. et autres, Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 4), 10/01117, 5 Nov. 2010 », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 2010, 978 : « Il n'entre pas dans les pouvoirs du juge étatique français d'intervenir à propos d'une instance arbitrale pour faire obstacle à son déroulement dès lors que le tribunal arbitral, devant lequel se déroule

1.2. *Les composantes de la* lex arbitrii

1.2.1. Caractéristiques structurelles de la *lex arbitrii*

L'examen des composantes de la *lex arbitrii* porte à conclure d'abord que celle-ci ne saurait prétendre ni à l'exhaustivité, ni même à l'exclusivité[21].

Une première raison de cette absence d'exhaustivité doit pourtant être écartée, bien qu'elle se présente presque invinciblement à l'esprit. Cette raison tient à l'existence de conventions internationales. Celles-ci sont souvent expressément réservées dans les lois des Etats consacrées à l'arbitrage. Ainsi procède la loi égyptienne précitée à son article 1, mais celle-ci est loin d'être seule à mentionner les conventions internationales. Ces conventions peuvent trouver application en fonction des mécanismes de droit commun d'application du droit international dans l'ordre juridique interne, ou à la suite d'un renvoi spécial auquel il vient d'être fait allusion. Parfois aussi les dispositions de la Convention de New York de 1958 peuvent être purement ou simplement recopiées dans une loi d'arbitrage, ainsi qu'y invite d'ailleurs la loi-type de la CNUDCI à son article 36.

Aussi faut-il se tourner vers les éléments caractéristiques communs aux différentes lois d'arbitrage afin d'y découvrir les composantes structurelles d'une *lex arbitrii*.

Toute loi d'arbitrage se compose de règles matérielles. Ces règles matérielles envisagent le processus arbitral dans toute son étendue. Elles visent en effet d'abord la convention d'arbitrage (acte juridique « pré-arbitral » se trouvant à la base du recours de principe à l'arbitrage). Elles sont consacrées en second lieu à la constitution du tribunal arbitral ainsi qu'aux principales questions de l'instance arbitrale : compétence du tribunal arbitral, effets d'une convention d'arbitrage devant les juridictions locales, pouvoirs des arbitres, règles de procédure. Enfin les règles matérielles de la *lex arbitrii* consacrent les dispositions qu'elles estiment nécessaires à la sentence arbitrale, aux voies de recours contre la sentence et à la reconnaissance et à l'exequatur des sentences arbitrales dites étrangères.

Un examen révèle que ces règles s'appliquent à des objets assez différents, ce que révèle avec plus de précision une analyse du domaine de la *lex arbitrii*.

1.2.2. Domaine de la *lex arbitrii*

a) Il apparaît d'abord que la *lex arbitrii* a pour objet de régler les relations qui ne peuvent manquer de s'établir entre l'ordre juridique de l'Etat et l'arbitrage dans la mesure où ces relations peuvent affecter la compétence des tribunaux de l'Etat.

---

cette instance, siège à Stockholm selon les règles de procédure définies par la CNUDCI ». P. Fouchard avait naguère tracé le champ d'application des règles du droit français de l'arbitrage international : « Spécificité de l'arbitrage international », *Ecrits*, 289, en particulier le tableau, 300.

21 La question de l'exclusivité, qui met en cause le statut même d'une *lex arbitrii*, soit une question d'ampleur différente, qui sera envisagée dans la deuxième partie de cette étude.

Ceux-ci peuvent en effet, soit se trouver privés de leur compétence à l'égard d'un litige déterminé en raison d'une compétence arbitrale, soit, au contraire, se voir attribuer des compétences considérées comme nécessaires ou compatibles avec le processus arbitral.

On s'explique ainsi que la *lex arbitrii* consacre systématiquement certaines de ses dispositions à la convention d'arbitrage, dans la mesure où celle-ci prive les tribunaux de l'Etat d'une compétence qui aurait pu leur être acquise à l'égard de certains litiges. Ce faisant, on observe que les lois d'arbitrage entendent le plus souvent se prononcer aussi bien sur les conditions de validité de la convention d'arbitrage que sur les effets de cette convention sur la compétence des tribunaux. Or ces deux questions sont cependant distinctes et l'on pourrait concevoir que l'intervention des lois d'arbitrage sur ces deux points ne soit pas de même ampleur. Ce problème est en partie occulté par la présence marquée, au sein de la *lex arbitrii*, de règles matérielles ou de règles de conflit orientées, favorables à la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage[22]. Sur ce point, le droit français se singularise en proclamant un principe de validité de la convention d'arbitrage en matière internationale[23]. Ce principe de validité manifeste en tous cas le refus de soumettre la convention d'arbitrage à la loi d'un Etat (y compris la loi française) et conduit donc à considérer que sa force obligatoire repose soit sur la volonté des parties, investie par l'ordre juridique français, soit sur un ordre juridique arbitral.

On s'explique mieux encore que la *lex arbitrii* prenne fréquemment parti sur la question de l'arbitrabilité des litiges, car l'arbitrabilité se situe à la charnière du domaine de l'ordre juridique de l'Etat et du domaine de l'arbitrage. Les cas d'inarbitrabilité étant souvent fondés sur des dispositions d'ordre public propres à tel ou tel Etat, l'adoption de dispositions sur ce sujet dans leurs lois d'arbitrage s'en trouve justifiée.

La *lex arbitrii* est également indispensable lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la question des effets dans l'ordre juridique du for d'une sentence arbitrale étrangère. Mais force est de reconnaître qu'elle a pour objet une sentence, elle-même fruit d'un arbitrage qui ne lui a jamais été soumis et qui relève donc rationnellement de sa propre *lex arbitrii*. Dans l'état actuel du droit de l'arbitrage international, la *lex arbitrii* est également à peu près sans rivale pour fixer le régime substantiel du recours en annulation susceptible d'être exercé contre les sentences arbitrales qui présentent avec elle certains liens. Cette question fera plus loin l'objet de réflexions spécifiques.

b) Il apparaît ensuite que la *lex arbitrii* entend consacrer diverses dispositions au processus arbitral lui-même. Sur ce point, et malgré la loi-type de la CNUDCI, les lois d'arbitrage peuvent enregistrer de notables variations, parfois amplifiées par la jurisprudence des pays dont les tribunaux sont fréquemment saisis en

---

22 Ainsi, l'article 178 de la LDIP suisse.

23 Cf. P. Fouchard, « Note – Cour de cassation (1re Ch. civile) 5 janvier 1999 – M. Zanzi v. J. de Coninck et autres », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1999, 260.

matière d'arbitrage international. La matière est cependant dominée par l'autonomie des parties et subsidiairement des arbitres, souvent relayée par les règlements d'arbitrage choisis par les parties. En conséquence les lois d'arbitrage se bornent à mettre en place un ensemble variable, mais plutôt restreint de règles supplétives destinées seulement à être appliquées si les parties ou les arbitres n'y ont pourvu. La place tenue par des règles impératives reste à préciser[24].

c) Enfin, la *lex arbitrii* procède à l'édiction de règles dans le domaine du conflit de juridictions destinées à attribuer compétence aux juridictions du for. Cette compétence des juridictions du for accompagne le plus souvent la mise en œuvre de règles relevant des catégories énoncées ci-dessus. Il en est ainsi lorsqu'il est nécessaire de déterminer le juge compétent en cas de recours en annulation contre la sentence, ou en cas de demande d'exécution d'une sentence arbitrale rendue dans l'Etat du for ou rendue à l'étranger. Mais il en est ainsi dans d'autres situations, comme la demande de mesures provisoires devant une juridiction du for, ou lorsque le juge du for est sollicité en qualité de juge d'appui afin de fournir assistance à la constitution du tribunal arbitral ou une assistance à l'arbitrage face à d'autres difficultés. Lorsque compétence est ainsi attribuée aux juridictions du for, celles-ci seront souvent censées appliquer la *lex fori* dont la compétence est ainsi déclenchée par effet-réflexe. Ce résultat est compréhensible puisque compétence n'a été attribuée aux tribunaux du for que pour assurer la mise en oeuvre de règles substantielles du for relatives au droit de l'arbitrage.

1.2.3. Conclusions

Il résulte du bref examen des composantes de la *lex arbitrii* auquel il vient d'être procédé des conclusions qui s'articulent autour du défaut d'homogénéité de la *lex arbitrii.* Ce manque d'homogénéité nous semble flagrant tant à l'égard de l'objet que des aspects méthodologiques de la *lex arbitrii*.

Sur la plan de son objet, la *lex arbitrii* émet des règles relativement à une institution, l'arbitrage, qu'elle n'a pas créée et qui de surcroît se développe, de son propre aveu, largement en dehors de l'emprise de son ordre juridique lorsqu'il s'agit d'arbitrage international[25]. Il pourrait être justement objecté à cette affirmation que néanmoins une *lex arbitrii* française ou portugaise peut fort bien régir les arbitrages « français » ou « portugais » qui lui sont soumis. Il en serait ainsi non seulement pour des arbitrages internes, mais aussi pour des arbitrages internationaux soumis à la loi française ou à la loi portugaise. Pourtant, un tel schéma, fidèle à la formule *« Lex facit arbitrum »*, popularisée par Mann[26], ne correspond

---

[24] Voir partie 2.1.2 ci-dessous.

[25] Cf. B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, 109 (Chap. « Philosophie »).

[26] F.A. Mann, « *Lex facit arbitrum* », in *International Arbitration, Liber amicorum for Martin Domke*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967, 157 ; « The UNCITRAL Model Law – *Lex Facit Arbitrum* », *Arbitration International*, 2(3), 1986, 241-260.

pas à la réalité présente. La *lex arbitrii*, sitôt sollicitée, s'empresse de se dérober au bénéfice d'un régime d'autonomie sur la base duquel l'arbitrage lui échappe. En conséquence, elle n'assure sa présence que dans des enclaves étroitement circonscrites.

Sur le plan méthodologique la *lex arbitrii* manifeste davantage son aptitude à émettre des règles sur les relations qui s'établissent nécessairement entre l'ordre juridique auquel elle appartient et les procédures d'arbitrage international auxquelles elle s'applique. L'arbitrage en effet, ne saurait être assimilé à un rapport juridique comme ceux que singularisent, au moyen de leurs qualifications, les règles de conflits de lois. En d'autres termes, la *lex arbitrii*, même avec son rattachement prépondérant par le siège de l'arbitrage ne constitue pas la loi applicable à un rapport juridique en vertu d'une règle de conflit de lois. L'analogie est trompeuse. Elle doit en revanche absolument aménager les rapports entre l'ordre juridique du for et une instance arbitrale qui se développe – sauf précisément lorsque ces rapports sont en jeu – largement en dehors de l'ordre juridique du for. Il est impossible d'échapper aux conséquences que cette situation comporte sur le plan méthodologique : une *lex arbitrii* donnée comporte à la fois des règles matérielles et des règles de compétence juridictionnelle, qui sont sans doute les plus importantes[27]. Elle comporte également des règles relatives à l'autonomie des parties ou des arbitres qui constituent, tout autant que la reconnaissance de la composante contractuelle de l'arbitrage, la reconnaissance de sa large indépendance par rapport à l'ordre juridique étatique.

L'arbitrage international, auquel s'applique la *lex arbitrii*, est donc une institution qui ne trouve dans la *lex arbitrii* ni le fondement de son existence, ni l'ensemble des règles qui assurent son fonctionnement. Quel est alors le rôle de la *lex arbitrii* ?

2. Le rôle de la *lex arbitrii*

Ce rôle sera examiné à l'égard de la régulation (2.1) comme du contrôle de l'arbitrage (2.2).

2.1. *La régulation de l'arbitrage*

La régulation de l'arbitrage international par la *lex arbitrii* sera envisagée dans deux de ses principaux aspects : l'assistance des tribunaux et la détermination des règles applicables dans l'arbitrage.

---

[27] Cf E. Gaillard « L'influence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage », in *Liber amicorum. Claude Reymond. Autour de l'arbitrage. Mélanges offerts à Claude Reymond*, Paris, Litec 2004, 83.

2.1.1. L'assistance des tribunaux

L'assistance des tribunaux nationaux à l'arbitrage constitue une pièce importante de l'architecture actuelle de l'arbitrage international. Cette assistance peut se révéler nécessaire essentiellement pour deux raisons. La première se situe au niveau de la constitution du tribunal arbitral : l'arbitrage est singulièrement vulnérable lorsque des difficultés se présentent au niveau de la constitution du tribunal arbitral. Le juge étatique peut y porter remède. La seconde raison est liée à certaines limitations inhérentes aux pouvoirs des arbitres : ceux-ci ne peuvent obtenir la production forcée de documents, ni donner d'injonctions à des tiers. La réponse donnée par les droits modernes d'arbitrage à ces difficultés gravite autour de l'institution du « juge d'appui ». Bien que les contours de sa compétence matérielle soient susceptibles de variations, le juge d'appui peut intervenir à la demande d'une partie, ou des deux parties, ou encore des arbitres et apporter son soutien à l'arbitrage. Le plus souvent lui seront demandées des mesures ponctuelles nécessaires au bon déroulement de l'instance arbitrale.De telles mesures sont essentiellement puisées dans la *lex fori* du juge d'appui.

Le juge d'appui est-il une création de la *lex arbitrii* ? A priori une réponse positive à cette question semble justifiée. Si l'arbitrage est soumis à une loi, ne revient-il pas à l'ordre juridique auquel appartient cette loi d'organiser, de préférence à toute autre, l'assistance qu'elle entend apporter par l'intermédiaire de ses tribunaux et au moyen de ses règles aux arbitrages qui se sont placés sous son empire ? Pourtant cette réponse positive doit être nuancée. Ce que les dispositions relatives au juge d'appui présentes dans les lois nationales démontrent, c'est que la question préoccupe légitimement les législateurs nationaux. La *lex fori propre aux juridictions de chaque Etat leur attribue les compétences qu'elle estime nécessaires à l'accomplissement de leur mission de soutien à l'arbitrage.* Mais le véritable test consiste à savoir si les arbitrages à l'égard desquels les mesures pourront être prises trouvent exclusivement dans leur *lex arbitrii* les dispositions qui instituent ce juge. En d'autres termes, y a-t-il correspondance entre *la lex fori* du juge et la *lex arbitrii* de l'arbitre ?

Ici encore une réponse positive est a priori parfaitement concevable. Dans la mesure où il convient de déterminer l'objet de l'assistance des tribunaux étatiques, pourquoi ne pas délimiter cet objet par référence à la soumission de celui-ci à la loi de l'Etat du for ? Si l'Etat A a mis en place un mécanisme d'assistance à l'arbitrage international, ce mécanisme n'a-t-il pas tout naturellement pour vocation de s'appliquer aux arbitrages qui relèvent de la loi de l'Etat A ? Ce raisonnement semble être retenu par la LDIP suisse qui réserve l'assistance du juge d'appui suisse aux arbitrages dont le siège est en Suisse. Or les arbitrages dont le siège est en Suisse sont précisément ceux qui sont soumis au chapitre 12 de la LDIP (l'art. 179(2) attribuant compétence au juge du siège du tribunal arbitral, critère retenu par l'art. 176(1) pour la détermination du champ d'application dans l'espace du chapitre 12 de la LDIP).

Néanmoins, même dans le cadre du droit suisse, cette logique de base semble devoir être dépassée. Elle l'est en effet dans le cas où le siège de l'arbitrage n'a pas

encore été fixé, ainsi que dans les cas où une clause « arbitrage en Suisse » risque de se révéler inopérante au regard de la structure fédérale de la Suisse[28] : le juge d'appui suisse peut tout de même être compétent à l'égard d'arbitrages dont il n'est pas certain qu'ils seront soumis à la loi suisse. D'autre part l'article 179(3) doit être compris comme imposant au juge suisse chargé de nommer un arbitre de ne pas opposer de refus sous prétexte que l'arbitrage n'a pas de siège en Suisse[29].

L'on ne saurait s'attendre à trouver un quelconque soutien à une compétence du juge d'appui comme fruit exclusif de la *lex arbitrii* dans le droit français de l'arbitrage international. La récente réforme intervenue en France a au contraire augmenté les chefs de compétence du juge d'appui français (le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris) en ajoutant aux cas déjà retenus précédemment (arbitrage se déroulant en France et arbitrage soumis à la loi de procédure française) le cas dans lequel les parties « ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale » ainsi que le cas dans lequel « l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice » (art. 1505 du Code de Procédure Civile (CPC)). Le juge d'appui français peut donc être sollicité en matière d'arbitrage international pour des arbitrages non soumis en tant que tels à la loi française et même dépourvus de liens objectifs avec l'ordre juridique français[30].

Mais d'autres lois d'arbitrage, sans appartenir à des pays qui, comme la France se sont ralliés à une conception 'délocalisatrice' de l'arbitrage, ont adopté des règles qui se refusent pourtant à calquer la compétence du juge d'appui sur le champ d'application de la *lex arbitrii*. Il en est ainsi lorsque le siège n'est pas précisé. Dans ce cas il n'est pas du tout certain que la loi du for du juge d'appui coïncidera avec la *lex arbitrii*. Le cas de la Suisse a été évoqué ci-dessus. En Allemagne, les paragraphes 1025(3) et 1026(3) de la *Zivilprozessordnung* (ZPO) donnent compétence au juge allemand afin de récuser ou nommer les arbitres lorsque le siège n'est pas précisé à la condition que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans l'un de ces Etats. Il en est de même pour les Pays-Bas avec l'article 1073(2) du Code de procédure civile. En Belgique, l'article 1717(2) du code judiciaire attribue, dans les mêmes circonstances, compétence au juge belge qui eût été compétent pour connaître du litige si celui-ci n'avait pas été soumis à l'arbitrage. En Angleterre l'*Arbitration Act* se contente d'un lien avec l'Angleterre non autrement précisé pour donner compétence au juge anglais[31].

---

[28] Cf. Kaufmann-Kohler et Rigozzi, *Arbitrage international*, 178, para. 311 ; S. Besson « L'efficacité de la clause 'arbitrage en Suisse' et de la clause blanche », in *Liber amicorum. Claude Reymond*, 24.

[29] Cf. Lalive, Poudret et Reymond, *Droit de l'arbitrage*, 330 ; P.-Y. Tschanz, « Arbitrage international », in Bucher, *Commentaire romand*, 1563 (Chap. 12).

[30] Cf. P. Chevalier, « Le nouveau juge d'appui », in T. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, Lextenso, 2011, 143.

[31] Cf. section 2(4) de l'*Arbitration Act* de 1996.

En définitive, l'on doit conclure que la *lex arbitrii* ne joue un rôle moteur qu'à l'égard du juge de l'Etat qu'elle institue comme juge d'appui. Or ce juge n'a aucun besoin d'une *lex arbitrii* ; il a seulement besoin d'une *lex fori.* Que matériellement les dispositions qui instituent le juge d'appui se trouvent insérées dans une loi d'arbitrage est de peu d'importance du point de vue du problème qui nous occupe. Il n'est certes pas anormal que cette loi d'arbitrage, dans ses dispositions qui s'adressent aussi bien au juge qu'aux parties ou aux arbitres, s'applique aux arbitrages qui sont soumis à cette loi. Mais l'utilisation fréquente de critères de compétence du juge d'appui qui conduisent à lui attribuer compétence à l'égard d'arbitrages non soumis à sa loi démontre que l'institution ne correspond pas à un problème d'organisation propre à la loi de l'arbitrage, mais à un problème de plus vaste portée, qui consiste à fixer la contribution des tribunaux nationaux à la bonne marche d'une institution intrinsèquement internationale[32] : l'arbitrage international.

2.1.2. La détermination des règles applicables

2.1.2.1. *Règles applicables à la procédure devant le tribunal arbitral*
Nul ne doutera que la conduite de l'instance arbitrale soit entre les mains des arbitres[33]. Il importe seulement ici de déterminer les règles que suivront les arbitres et les parties et la place qui revient sur ce point à la *lex arbitrii*[34]. A cet égard, une règle générale se dégage, d'ailleurs retenue par la loi-type de la CNUDCI (art. 19) : il revient aux parties, et subsidiairement aux arbitres d'établir soit directement, soit en faisant référence à une loi ou un règlement d'arbitrage les règles de procédure qui s'imposeront dans l'instance arbitrale.

Cette règle, unanimement reçue à l'heure actuelle appartient formellement à chacune des lois sur l'arbitrage, mais peut aussi être considérée comme l'expression d'un principe général du droit de l'arbitrage international. Du point de vue de la *lex arbitrii*, et c'est un point capital, elle constitue la reconnaissance par celle-ci de l'absence de soumission nécessaire de la procédure à la loi d'un Etat[35]. En témoignent d'abord le fait que les règles de procédure peuvent être créées de toutes pièces ou recherchées dans un règlement d'arbitrage par les parties ou les arbitres. En témoigne également le fait qu'aucun critère de rattachement objectif ne soit utilisé afin de localiser, en cas de besoin, la procédure d'arbitrage vis-à-vis d'un ordre juridique donné, y compris celui de la *lex arbitrii*. Ainsi la *lex*

---

[32] Au sens où l'internationalité n'est pas assimilable à de simples éléments d'extranéité, mais est intimement liée à la nature du rapport juridique.

[33] Cf. sur ce point G. Kaufmann-Kohler « Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité », in *Liber amicorum. Claude Reymond*, 153.

[34] Sur la distinction, évidemment indispensable, entre la *lex arbitrii* et les règles de procédure qui régissent l'instance arbitrale, cf. Poudret et Besson, *Droit comparé*, 84, para. 113.

[35] Cf. P. Fouchard, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », in *Ecrits*, 312, analyse demeurant parfaitement actuelle malgré la réforme récente du droit français de l'arbitrage.

arbitrii organise systématiquement son propre retrait sur le plan des règles de procédure.

L'absence de vocation de la *lex arbitrii* à régler la procédure n'est toutefois pas totale. Elle impose toujours le respect de certains principes fondamentaux tels le principe de la contradiction, le droit d'être entendu ou l'obligation de traiter les parties sur un pied d'égalité. Ces principes, dont le caractère impératif ne saurait être mis en doute, trouveront leur sanction, si besoin est, au niveau du recours en annulation de la sentence. Ils sont constitutifs d'un ordre public international procédural[36]. Dans une certaine mesure, en cette qualité, ils dépossédent d'ailleurs la *lex arbitrii* de son pouvoir créateur, car ils s'imposent aussi à elle. Ainsi elle n'a guère d'autre choix que de les avaliser dans les termes qu'elle choisira. Cependant il reviendra aux tribunaux du siège de l'arbitrage (et donc de la *lex arbitrii* dans la grande majorité des cas) d'établir leur propre jurisprudence sur l'application de ces principes. Par le truchement du recours en annulation, la *lex arbitrii* établit tout de même son emprise sur l'arbitrage. Il demeure toutefois que l'autonomie de l'arbitrage international est acquise sur le plan de la procédure et l'obligation de respecter certains principes fondamentaux accompagne l'autonomie plutôt qu'elle ne s'y oppose.

En dehors des principes fondamentaux qui viennent d'être évoqués, et dont la *lex arbitrii* est fondée (sinon contrainte) à imposer l'application, y a-t-il lieu pour celle-ci d'établir certaines règles substantielles relatives à la procédure arbitrale ? Une réponse négative de principe semble a priori s'imposer, car il est permis de se demander à quel titre la *lex arbitrii* pourrait contraindre les arbitres à observer certaines de ses règles alors qu'elle a elle-même reconnu sans ambages l'autonomie de la procédure arbitrale. Ainsi, le droit français de l'arbitrage manifeste clairement son refus d'imposer telle ou telle règle de procédure aux tribunaux arbitraux[37]. Cependant, l'article 1506 CPC indique qu'un certain nombre d'articles, puisés dans les règles applicables à l'arbitrage interne comme à l'arbitrage international seront applicables à l'arbitrage international « à moins que les parties en soient convenues autrement ». Le droit suisse de l'arbitrage international procède en apparence différemment dans la mesure où il ne comporte pas de règle équivalente à l'article 1506 du CPC français. Pour autant son abstention de principe sur le plan des règles de procédure n'est pas totale : les articles 181 sur la litispendance, 186(2) sur l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral, 183 sur les mesures provisionnelles, 184 sur l'administration des preuves en témoignent. La jurisprudence du Tribunal fédéral a imposé « l'effet guérisseur de l'absence d'objection immédiate », ainsi que le principe « *Jura novit curia* » et l'acceptation la procédure par défaut[38].

---

[36] Cf. Bucher, *Commentaire romand*, 1696, para. 103.

[37] Voir les articles 1509 et 1510 du CPC.

[38] Cf. Kaufmann-Kohler et Rigozzi, *Arbitrage international*, 297 ; voir également C. Chenais « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Revue de l'Arbitrage*, 1, 2010, 3.

En fin de compte, il demeure que la *lex arbitrii* est loin de s'octroyer la régulation de la procédure arbitrale. Elle en reconnaît au contraire l'autonomie sous la seule réserve des principes fondamentaux qui relèvent de l'ordre public international. Néanmoins il reste une zone de clair-obscur où la *lex arbitrii* établit certaines règles substantielles. Ces règles semblent moins directement pertinentes dans l'espace de l'instance arbitrale où s'expriment les pouvoirs des arbitres que dans la zone intermédiaire où l'instance arbitrale entre en contact avec l'ordre juridique de l'Etat. Ainsi, l'acceptation de l'arbitrage par défaut n'est pas dépourvue d'incidences au niveau de la compétence des tribunaux étatiques. Les règles de loyauté procédurale comme l'*estoppel*, consacrée par la jurisprudence française, sont surtout appliquées, en matière d'arbitrage international, devant les juridictions de l'Etat afin de tirer, devant ces juridictions, les conséquences que le comportement d'une partie dans le cadre de l'instance arbitrale a pu avoir[39]. Cependant, l'obligation de concentration des moyens – transformée en obligation de concentrer les demandes, imposée en droit processuel français puis transposée dans le droit de l'arbitrage international va plus loin. Elle est en effet susceptible de s'imposer aux arbitres, car dans les cas où un recours en annulation contre leur sentence serait possible en France, le risque d'annulation pourrait se concrétiser au motif du non-respect de leur mission par les arbitres, ce qui revient à leur imposer le respect de cette règle de procédure[40].

2.1.2.2. *Règles applicables au fond du litige*

Sur cette question, qui pourrait appeler des développements hors de propos avec cet article, l'on se bornera aux observations suivantes.

Comme à l'égard de la procédure arbitrale, les règles généralement contenues dans les lois sur l'arbitrage ouvrent un très large champ à l'autonomie de la volonté des parties et se limitent à des directives assez générales si les arbitres doivent déterminer eux-mêmes le droit applicable au fond du litige en cas d'abstention des parties sur cette question.

---

[39] Cf. « Golshani v. Gouvernement de la République islamique d'Iran, Cour de cassation (1re Ch. civ.), 6 Juil. 2005 », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 2005, 993, ainsi que la note de P. Pinsolle, 994-1010 ; J.-B. Racine, « Société française de rentes et de financement Crédirente v. Compagnie générale de garantie SA, Cour d'Appel de Paris (1re Ch. C), 7 fév. 2008 », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 2008, 501-517 ; « SAS C22 v. société John K. King & Sons Limited Frontier Agriculture Limited, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 10 avr. 2008 », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 2008, 342 ; « Société Euton v. Société Ural Hudson, Cour de cassation, 28 mai 2008 », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 2008, 691, ainsi que la note de Dominique Bureau, 693 ; C. Chainais, « Note – 29 nov. 2007, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 17 juin 2009, Cour de cassation (1re Ch. Civ.), 3 juillet 2008, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 25 sep. 2008, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 2009, 748-764.

[40] Pour une analyse d'ensemble de cette question, cf. E. Loquin, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 2010, 201.

Ces règles sont remarquables à deux égards Tout d'abord, l'existence même de règles sur la détermination du droit applicable incluses dans les lois d'arbitrage démontre que les règles de conflit de lois qui relèvent du droit international privé du for ne sont pas applicables ; elles sont remplacées par des directives souples. Or, ces directives ont pour caractéristique d'être adaptées aux besoins de l'arbitrage international plutôt qu'aux besoins du règlement des conflits de lois. Ainsi, la règle fondamentale du choix du droit applicable par les parties est davantage inspirée par la satisfaction des impératifs de l'arbitrage que par ceux des conflits de lois en matière de contrats (bien qu'elle les satisfasse aussi) : les parties ont la prérogative d'indiquer aux arbitres le droit applicable parce que la configuration de l'arbitrage international implique cette prérogative. Il s'ensuit que la mission des arbitres est de respecter ce choix chaque fois qu'il s'est exprimé. Par l'adoption de telles règles, la *lex arbitrii* démontre avant tout son désengagement sur le terrain du règlement du fond du litige dont le droit applicable n'est qu'un aspect. Ainsi se trouve consacrée l'autonomie de l'arbitrage international sur le plan des questions substantielles.

Mais cette autonomie n'est pas synonyme d'une liberté sans frein. D'abord la *lex arbitrii* se prononce souvent de manière explicite sur la *nature* des règles applicables au fond du litige. Ainsi se manifeste la seule emprise que la *lex arbitrii* entend exercer sur ce point. Elle peut se montrer libérale et accepter l'application de règles non-étatiques ; ou plus restrictive en se référant, soit généralement, soit seulement par rapport au choix effectué par les arbitres, à une loi étatique. La sanction de la méconnaissance éventuelle d'une telle règle par les arbitres reste cependant problématique dans la mesure où le droit applicable n'est normalement pas vérifié en tant que tel au niveau d'un recours en annulation.

D'autre part, la liberté des arbitres peut être limitée par le respect de principes d'ordre public international ou de certaines lois de police. Mais le fait que les lois d'arbitrage n'en soufflent mot au niveau de la détermination du droit applicable démontre bien que ces questions se posent intégralement *dans le cadre de l'autonomie de l'arbitrage international*. Et que la *lex arbitrii* ne saurait sans inconséquence se prononcer sur de telles questions lorsqu'elles se posent aux arbitres dans le cadre du processus arbitral. Seul l'examen d'une violation éventuelle de l'ordre public international au niveau de la sentence permettra une éventuelle prise en compte par le juge étatique de ce qu'auront décidé les arbitres sur ce point. Nous arrivons ainsi au contrôle de l'arbitrage.

2.2. *Le contrôle de l'arbitrage*

Si l'arbitrage est une justice autonome, ainsi que cela a été affirmé à plusieurs reprises dans le cours de cette contribution, n'est-il pas contradictoire qu'il soit cependant soumis à un contrôle des juridictions étatiques ?

Cette question trouve sa réponse si l'on se place au niveau des rapports qui ne peuvent manquer de s'instaurer entre des justices autonomes. Les justices des Etats, même lorsqu'elles sont en situation de pleine autonomie les unes par rapport aux autres, entretiennent entre elles des rapports du même type que ceux

qu'elles peuvent entretenir avec la justice arbitrale internationale. Des problèmes de coordination peuvent surgir : la litispendance internationale, l'autorité de chose jugée peuvent aider à les surmonter. Il convient également de déterminer les effets que les décisions produites par la justice d'un Etat seront susceptibles de produire dans le cadre d'un autre Etat. Il revient alors à la justice de l'Etat d'accueil de fixer les règles qui conditionneront en son sein l'effet des décisions de justice étrangères. Ceci n'est pas contradictoire et l'on s'explique donc qu'il soit nécessaire de coordonner la compétence des juridictions arbitrales et étatiques tout comme de se préoccuper des effets que les sentences arbitrales peuvent produire dans les systèmes juridiques étatiques. Et ceci sans sacrifier les vues de l'ordre juridique de réception.

Seul le recours en annulation de la sentence arbitrale s'inscrit en dehors de cette logique. A une relation en réseau entre les deux types de justices, il substitue une relation de prévalence qui peut conduire à l'anéantissement de la sentence arbitrale. En parcourant ces deux questions, on continuera de s'interroger sur le rôle de la *lex arbitrii*. Une distinction s'impose selon que la *lex arbitrii* fournit le cadre ou également les règles du contrôle qui peut s'exercer sur la sentence arbitrale.

2.2.1. Lex arbitrii et cadre du contrôle

La loi-type de la CNUDCI a confirmé la pertinence du recours en annulation comme seul type de recours contre les sentences arbitrales[41]. Fermement installé dans le paysage du droit de l'arbitrage international, le recours en annulation relève presque toujours de la compétence des tribunaux du pays du siège de l'arbitrage. Le droit français de l'arbitrage international ne fait pas exception. Dans la mesure où le siège de l'arbitrage constitue le critère dominant pour la détermination de la *lex arbitrii*, il en résulte que la *lex arbitrii* (le plus souvent compétente en raison de la situation du siège) fournira les règles qui déterminent le cadre du contrôle exercé aux fins d'annulation ; la liste des cas d'annulation d'une sentence arbitrale internationale est donc laissée à la discrétion de cette loi, sous réserve qu'une convention internationale ne vienne limiter ou orienter cette liberté[42]. Il en est de même pour la possibilité d'admettre la renonciation au recours en annulation, faculté dont peuvent toujours user les lois nationales. L'examen des lois les plus récentes en matière d'arbitrage laisse entrevoir que même si la loi-type de la CNUDCI et une culture arbitrale internationale qui gagne du terrain jouent dans le sens de l'unification, de notables variations peuvent subsister parmi les différentes lois dans la détermination du cadre du recours en annulation.

---

[41] Article 34(1) de la loi-type de la CNUDCI.

[42] On sait que la Convention de Genève de 1961 consacre certaines de ses dispositions à cette question.

Toute autre est la situation au niveau de la reconnaissance ou de l'exécution des sentences étrangères ou rendues en matière internationale dans un autre Etat. Celles-ci relèvent des règles en vigueur dans cet Etat et la *lex arbitrii* n'a aucun titre à se substituer à la loi du for afin de fournir le cadre du contrôle exercé sur les sentences en cause. Tout au plus faut-il reconnaître une influence indirecte de la *lex arbitrii* si, en application de celle-ci, la sentence a été annulée par une juridiction du pays d'origine de la sentence. Mais on sait que la Convention de New York ne fait pas de la prise en compte de cette annulation une obligation pour le pays dans lequel l'exécution de la sentence est demandée et que diverses juridictions ont refusé de tenir compte d'une annulation prononcée à l'étranger. Cette jurisprudence minimise fortement le rôle joué par la *lex arbitrii*, puisqu'elle lui refuse l'effet international auquel elle eût pu normalement prétendre en tant que loi d'annulation servant de base à la décision d'une juridiction du for. Elle déplace clairement le centre de gravité du contrôle de la sentence vers le pays de la reconnaissance ou de l'exécution.

2.2.2. *Lex arbitrii* et règles du contrôle

Qu'elle fournisse le cadre du contrôle exercé sur les sentences arbitrales ou non, la *lex arbitrii* ne saurait se voir réserver un rôle exclusif au niveau des règles substantielles au moyen desquelles le contrôle de la sentence sera exercé.

Dans le cadre du recours en annulation, son rôle est assurément prépondérant dans la mesure où ses propres règles substantielles seront appliquées dans le cadre tracé par ses règles sur les motifs d'annulation dont une partie peut se prévaloir. Il en sera ainsi notamment au niveau de l'arbitrabilité du litige[43] ou de l'ordre public procédural ou de fond[44]. A un certain point les règles qui fixent le cadre du contrôle en annulation et celles qui déterminent la teneur du droit de l'arbitrage se rejoignent et se confondent. Parfois même les règles du for trouveront matière à s'appliquer plus complètement devant le juge de l'annulation que devant un autre juge de l'Etat car celui-ci, selon des modalités diverses, peut être appelé à se dessaisir en cours d'arbitrage au bénéfice du tribunal arbitral, en vertu du principe de compétence-compétence.

Mais le recours en annulation peut aussi laisser place à l'application d'autres règles que celles de la *lex arbitrii*. Telle est la solution préconisée par la loi-type

---

[43] Ainsi, l'article 34(b)(i) de la loi-type de la CNUDCI se réfère uniquement à la loi de l'Etat du juge saisi de l'annulation pour apprécier l'arbitrabilité du litige.Les dispositions des lois d'arbitrage confirment cette solution en adoptant fréquemment des règles substantielles sur l'arbitrabilité (ainsi art. 177 de la LDIP suisse).

[44] Ce qui n'empêche pas le juge de l'annulation de se référer éventuellement, non seulement à un ordre public international d'essence nationale selon le schéma classique en droit international privé, mais aussi à un ordre public transnational (cf. l'étude approfondie d'O. Arfazadeh, « Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation », Bruxelles/Paris/Zurich, Bruylant/LGDJ/Schultess, 2005, 129).

de la CNUDCI dans la mesure où son article 34 calque les motifs du contrôle aux fins d'annulation sur ceux de l'opposition à exequatur, eux-mêmes repris de la Convention de New York de 1958. Ainsi, lorsque sont en cause la capacité d'une partie, la convention d'arbitrage ou la constitution du tribunal arbitral, une autre loi que la *lex arbitrii* pourra être applicable (loi personnelle ou loi choisie par les parties).

Dans le cadre de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence, le schéma précédent se trouve inversé. Les dispositions substantielles de la *lex arbitrii* ne se voient plus reconnaître au maximum qu'un domaine d'application résiduel dans le cadre de la loi du pays où la reconnaissance de la sentence ou son exécution sont demandées. Ainsi l'article 36 de la loi-type de la CNUDCI se réfère à la « loi du pays où la sentence a été rendue » pour la validité de la convention d'arbitrage lorsque les parties n'ont pas effectué de choix de loi. Elle tient le même raisonnement au sujet de la constitution du tribunal arbitral (art. 36(1)(a)(iv)).

On constate donc que l'arbitrage ayant pris fin, la *lex arbitrii* qui était applicable à l'arbitrage ne voit certes pas les titres d'application initiaux de certaines de ses règles remis en cause. Cependant, la loi du pays de l'exécution de la sentence impose légitimement ses règles matérielles dans la mesure où il n'appartient qu'à elle de fixer, à ses propres conditions, le sort d'une sentence arbitrale « étrangère » dans son propre ordre juridique. Il est vrai que l'extranéité de la sentence est un concept selon lequel la sentence qui circule n'est pas soustraite à l'empire de la loi avec la loi qui était applicable à l'arbitrage. Mais le sort de la sentence confrontée au contrôle du juge de l'exécution dément cette assertion. C'est à ses propres conditions et en suivant ses propres règles que le juge du for donne effet ou non dans son ordre juridique à la sentence arbitrale. Dans la mesure où la *lex arbitrii* n'a joué qu'un rôle modeste et certainement non fondateur par rapport à une procédure d'arbitrage international qui évolue sur son propre plan, il est légitime de ne pas donner au stade de l'exécution de la sentence davantage d'importance à cette loi que celle qui a pu être la sienne au niveau de la genèse de la compétence arbitrale et de la régulation de l'instance arbitrale. Dès lors nous semble judicieuse la qualification donnée par la jurisprudence française à la sentence de « décision de justice internationale »[45].

[45] Cf. E. Gaillard, « Société PT Putrabali Adyamulia v. SA Rena Holding et autre, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 31 March 2005 », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 2006, 665-672 ; L. Degos, « La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome (à propos des arrêts '*Putrabali*' du 29 juin 2007) », *Recueil Dalloz*, 184, 2008, 1429-1434 ; P. Pinsolle, « The status of Vacated Awards in France : the Cour de cassation decision in *Putrabali* », *Arbitration International*, 24(2), 2008, 277 ; E. Gaillard, « Aspects philosophiques », 184.

CHAPITRE TRENTE-DEUX

MÉTHODOLOGIE EXTRAORDINAIRE POUR TROUVER LE SENS ORDINAIRE ? LE SENS ORDINAIRE POUR LES TRIBUNAUX COMPÉTENTS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT

Shotaro Hamamoto*

« Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». On ne sait pas combien de fois les tribunaux arbitraux se sont référés à ce fameux article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[1] pour interpréter des provisions des accords internationaux des investissements (AII)[2] ou de la Convention CIRDI[3].

* Professeur de droit international, Faculté de droit, Université de Kyoto, Japon. LL.B. (Kyoto), LL.M. (Kyoto), Docteur en droit (Paris II).

1 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1155 Recueil des traités des Nations Unies (RTNU), 331, 22 mai 1969 (entrée en vigueur : 27 jan. 1980). Il existe de nombreuses études sur les méthodologies et les techniques interprétatives qu'adoptent les tribunaux arbitraux dans les différends relatifs aux investissements, mais la plupart d'entre elles les analysent chaque élément énuméré explicitement ou implicitement dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne. Voir par ex. C. Schreuer, « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration », in M. Fitzmaurice *et al.* (ed.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 127. La présente étude est une première étape pour construire une théorie plus holistique de l'interprétation dans les différends relatifs aux investissements. Il faut signaler ici deux études récentes perspicaces : F. Latty, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *Revue Générale de Droit International Public*, 115, 2011, 459-480 ; A. Roberts, « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation : The Dual Role of States », *American Journal of International Law*, 104, 2010, 179-225. Le premier s'interroge sur le caractère politique de l'interprétation et le seconde enquête le rôle de l'investisseur, une personne privée, dans l'interprétation des dispositions du traité auquel il n'est pas partie. Notre étude, quant à elle, s'intéresse au processus de l'opération intellectuelle que constitue l'interprétation.

2 Les AII consistent en traités bilatéraux d'investissement (TBI) et plusieurs traités multilatéraux comme le traité sur la charte de l'énergie, 2080 RTNU 95, 17 déc. 1994 (entrée en vigueur : 16 avril 1998).

3 Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, 575 RTNU 160, 18 mars 1965 (entrée en vigueur : 14 oct. 1966).

Un réaliste, sinon un cynique, dirait que si ledit article est invoqué si souvent, c'est parce qu'il est tellement flexible qu'il ne donne en réalité aucune directive[4]. Cependant, il existe, nous paraît-il, un large consensus qui consiste à dire que le sens ordinaire d'un terme est un point de départ pour l'interprétation des traités selon l'article 31(1) de la Convention de Vienne[5]. Il est ainsi soutenu que l'interprétation commence par la recherche du sens ordinaire du texte et ensuite examine, si besoin est, si le contexte ou l'objet et le but du traité exigent une modification ou une précision[6]. D'aucuns osent affirmer que « words do have established meaning » et que « [t]he linguistic debate as to whether there is such a thing as clear and established meaning of words is beside the point » en ce qui concerne les règles sur l'interprétation des traités telles qu'elles sont définies par la Convention de Vienne[7].

Est-il permis, pourtant, de supposer que les mots contenus dans un traité se dotent des sens « ordinaire » prédéterminés ? Le « sens ordinaire » constitue-t-il réellement un point de départ d'une opération interprétative ? A cet égard, l'évolution explosive de la jurisprudence des « arbitrages unilatéraux »[8] institués sur la base des AII nous montre bien des raisons pour mettre en doute le caractère ordinaire du « sens ordinaire ». Pour certains de ces tribunaux arbitraux, « toute obligation » exclue certaines obligations, « tout différend » ne couvre pas tout différend, « toutes les matières visées au traité » ne comprennent pas certaines matières visées au traité, « les avoirs de toutes natures » excluent les avoirs de certaine nature, et enfin, « recommander » signifie « ordonner ».

Notre présente étude tente d'éclaircir ces « techniques interprétatives extrêmement compliquées » à travers certaines sentences arbitrales récentes. Nous allons d'abord élucider les techniques interprétatives qu'adoptent certains tribunaux arbitraux établis sur la base des AII pour s'échapper des sens qui paraissent *prima facie* « ordinaire » des termes des AII (1). Ensuite, le rôle que joue le « sens ordinaire » dans le processus de l'interprétation des AII dans ces « arbitrages unilatéraux » (2).

---

[4] Voir C. McLachlan *et al.*, *International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 67-68.

[5] A. Newcombe & L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Austin, Kluwer, 2009, 111.

[6] Voir par ex. J.W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 146.

[7] A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 319.

[8] W. Ben Hamida, « L'arbitrage Etat-investisseur étranger », *Journal du droit international*, 131(2), 2004, 420-421 ; A. Prujiner, « L'arbitrage unilatéral », *Revue de l'arbitrage*, 2005-1, 65.

1. Comment les tribunaux s'écartent du texte

Dans cette section, nous allons examiner plusieurs décisions et sentences relatives à quatre expressions fréquemment inclues dans les AII ainsi qu'à une provision de la Convention CIRDI. Elles sont les meilleurs exemples qui nous font remarquer comment les tribunaux s'écartent du « sens ordinaire » de termes.

1.1. *« Toute obligation » exclue-t-elle certaines obligations ? : La clause du respect des obligations*

Un certain nombre des AII stipulent une obligation pour l'Etat hôte de respecter ses obligations à l'égard des investissements. Cette clause, qui comporte une obligation de respecter d'autres obligations, est souvent appelée « clause de parapluie [*umbrella clause*] », puisqu'elle place les obligations extérieures à l'AII sous son parapluie.

La clause du respect des obligations est rédigée de manière différente selon les traités[9]. Celle dont nous traitons ici est de type simple et stipule comme suit :

> Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party. (Art. 4(2), TBI Cambodge-Japon)[10]
> Chacune des Parties contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre Partie contractante. (Art. X(2), TBI Suisse-Philippines)[11].

A première vue, ce genre de clause ne pose aucun problème d'interprétation. « *Any obligation* » est *any obligation* : elle devrait comprendre n'importe quel type d'obligation, résultant d'un traité, d'un contrat ou d'une législation interne de l'Etat hôte. « Toutes ses obligations » ne sont pas moins claires : elles devraient consister en l'ensemble des obligations auxquels l'Etat hôte s'assujettit.

Et pourtant, un certain nombre de tribunaux considèrent qu'il existe quelques obligations qui ne font pas partie de « toutes les obligations ». La décision la plus importante à cet égard[12] a été rendue dans l'affaire *El Paso c. Argentine*, dans

---

[9] Voir par exemple la note 12 ci-dessous.

[10] Agreement between Japan and the Kingdom of Cambodia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, June 14, 2007, disponible à : http://www.mofa.go.jp/policy/treaty/submit/session169/agree-3-1.pdf.

[11] Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, le 31 mars 1997, *Recueil systématique*, 0.975.264.5.

[12] C'est dans l'affaire *SGS c. Pakistan* que le tribunal a tenté, pour la première fois, de limiter la portée de la clause du respect des obligations: CIRDI, *SGS v. Pakistan*, Affaire No. ARB/01/13, Décision, 6 août 2003, paras. 166-168. La clause en question dans cette affaire était pourtant rédigée de manière considérablement différente : « Chacune des Parties Contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante. »

laquelle le tribunal arbitral a établi une distinction célèbre entre l'Etat marchand et l'Etat souverain[13]. Dans cette affaire qui opposait un investisseur américain et l'Argentine, l'article II(2)(c) du TBI américano-argentin stipulait comme suit : « Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments »[14].

Le tribunal explique que les obligations s'imposant à l' « Etat marchand » ne tombent pas dans la portée de la clause du respect des obligations :

> it is essentially from the State as a sovereign that the foreign investors have to be protected through the availability of international arbitration. [...] Interpreted in this way, the umbrella clause in Article II of the BIT [...] will not extend the Treaty protection to breaches of an ordinary commercial contract entered into by the State or a State-owned entity, but will cover additional investment protections contractually agreed by the State as a sovereign – such as a stabilization clause – inserted in an investment agreement[15].

Il est très difficile de saisir les motifs qui ont conduit le tribunal à cette conclusion originale. Le tribunal se contente de se référer aux sentences dans les affaires *Joy Mining c. Egypte*[16] et *Vivendi c. Argentine*[17], au TBI modèle américaine de 2004[18]

(l'art. 11 de l'Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, *Recueil systématique*, 0.975.262.3).

13 Avant l'affaire *El Paso c. Argentine*, l'affaire *CMS c. Argentine* a prêté attention à cette distinction : « Purely commercial aspects of a contract might not be protected by the treaty in some situations, but the protection is likely to be available when there is significant interference by governments or public agencies with the rights of the investor ». CIRDI, *CMS v. Argentina*, Affaire No. ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, para. 299. Le tribunal n'a pourtant pas jugé nécessaire d'entrer en détail, car il a trouvé que « [n]one of the measures complained of in this case can be described as a commercial question » (*Ibid*., para. 301).

14 L'article II(2)(c), Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 14 Nov. 1991, disponible à l'adresse : http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_000897.asp.

15 CIRDI, *El Paso v. Argentina*, Affaire No. ARB/03/15, Décision, 27 avril 2006, paras. 79, 81.

16 CIRDI, *Joy Mining v. Egypt*, Affaire No. ARB/03/11, sentence, 6 août 2004, para. 81 : « it could not be held that an umbrella clause [...] could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be [...] a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection ». Malheureusement, le tribunal, qui reconnaît qu'il s'agit d'un *obiter dictum*, ne fournit aucune raisonnement (*ibid*., para. 63).

17 Le tribunal *El Paso* s'appuie sur la décision du comité ad hoc dans l'affaire *Vivendi*. CIRDI, *CAA (Vivendi) v. Argentina*, Affaire No. ARB/97/3, Décision, 3 juillet 2002, para. 96. Cette décision, bien connue pour sa distinction entre « treaty claims » et « contract claims », ne parle point de la clause du respect des obligations ou de la distinction entre Etat souverain et Etat marchand.

18 Le TBI modèle américain de 2004 stipule que le tribunal arbitral est compétent en matière de demandes relatives à un accord d'investissement (« investment agreement »).

et à l'article VII(1) du TBI américano-argentin[19] : on n'y trouve pourtant aucune indice.

Dans deux autres affaires, le tribunal a opté pour la même solution : l'inapplicabilité de la clause du respect des obligations aux obligations s'imposant à l' « Etat marchand ». On ne peut que regretter que ni l'un ni l'autre ne soit plus lucide que celui de l'affaire *El Paso c. Argentine*. Dans l'affaire *Pan American c. Argentine*[20], le tribunal, dont deux des trois membres étaient également arbitres dans l'affaire *El Paso c. Argentine*[21], a rendu une sentence qui n'était qu'une version « copiée-collée » quasi-complète de celle de cette dernière. Dans *Sempra c. Argentine*, le tribunal n'a pas senti nécessaire, nous paraît-il, de justifier la pertinence de la distinction entre l'Etat souverain et l'Etat marchand à l'interprétation de la clause du respect des obligations. Selon le tribunal, il existait déjà une jurisprudence

---

L'« investment agreement » est défini dans l'article 1 comme suit : « 'investment agreement' means a written agreement between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor: (a) with respect to natural resources that a national authority controls, such as for their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale; (b) to supply services to the public on behalf of the Party, such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications; or (c) to undertake infrastructure projects, such as the construction of roads, bridges, canals, dams, or pipelines, that are not for the exclusive or predominant use and benefit of the government. » (notes de bas de pages non incluses). Le texte du modèle américain de TBI de 2004 est disponible à l'adresse suivante : http://ustraderep.gov/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/Section_Index.html. Le tribunal *El Paso* affirme que cette définition « elevates only the contract claims stemming from [...] an agreement in which the State appears as a sovereign ». Même si l'on suppose que le tribunal ait raison à ce propos, ce qui est d'ailleurs discutable, le tribunal n'explique pas pour quelles raisons le traité modèle de 2004, dépourvu de toute force obligatoire en soi, est pertinente à l'interprétation du TBI entre Argentine et Etats-Unis, alors que ce dernier, conclu en 1991, a été rédigé sur la base de la version de 1991 du TBI modèle américain. Voir K.J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 269.

19 « For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment. » Argentina-US TIB, note 14 ci-dessus. Le tribunal *El Paso* considère que les différends relatifs à (a) et (b) sont provoqués par une violation d'un engagement pris par l'Etat souverain. Il n'explique pourtant pas pourquoi « l'Etat marchand » ne peut pas violer « any right conferred or created by this Treaty », tel qu'il est prévu dans (c).

20 CIRDI, *Pan American v. Argentina*, Affaire No. 03/15, Décision sur l'objection préliminaire, 27 juillet 2006, paras. 108-109.

21 Le président et l'arbitre nommée par l'Etat répondeur sont les mêmes personnes dans les deux affaires.

constante à cet égard : « toutes les décisions arbitrales » traitant de la clause avaient adopté, selon le tribunal, cette distinction[22]. Cette conclusion, certes discutable[23], n'est en tout cas qu'un *obiter dictum*, comme le tribunal a considéré en l'espèce que l'Etat argentin se comportait en tant que l'Etat souverain.

La question se pose alors ce qui a permis à que ces tribunaux de s'écarter de l'expression aussi limpide que « any obligation » ? Le tribunal dans l'affaire *Noble Ventures c. Roumanie* a suggéré la limite de l'interprétation fondée uniquement sur le « sens ordinaire » des termes interprétés. Après avoir déclaré qu'il n'existait en l'espèce aucune violation de la clause du respect des obligations[24] en l'absence de violation du contrat en question[25], le tribunal, dont un membre était le dédicataire de ces lignes, a ajouté que :

> it is unnecessary for the Tribunal to express any definitive conclusion as to whether [...] the expression "any obligation", despite its apparent breadth, must be understood to be subject to some limitation in the light of *the nature and objects of the BIT*[26].

Certains auteurs considèrent en effet qu'en ce qui concerne la clause du respect des obligations l'interprétation fondée uniquement sur le sens ordinaire des termes est inappropriée parce que la conclusion n'en n'est pas compatible, selon eux, avec l'objet et le but des AII[27]. Ainsi, pour Gus van Harten, l'arbitrage institué

---

[22] CIRDI, *Sempra v. Argentina*, Affaire No. ARB/02/16, sentence, 28 sept. 2007, para. 310.

[23] Le tribunal *Sempra* ne se réfère pas, sans explication, à deux sentences arbitrales qui ont rejeté cette distinction : Ad Hoc Arbitration, *Eureko v. Poland*, sentence partielle, 19 août 2005, paras. 246, 248, 249, 258, 260 ; CIRDI, *Siemens v. Argentina*, Affaire No. ARB/02/8, sentence, 6 fév. 2007, paras. 204, 206. La sentence *Sempra* s'est fait annulée par un comité *ad hoc* pour une raison qui n'est pas pertinente à notre étude : CIRDI, *Sempra v. Argentina*, Affaire No. ARB/02/16 (*Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award*), 29 juin 2010. Pour notre analyse (critique) de la décision du comité *ad hoc* dans cette affaire, *voir* S. Hamamoto, « New Challenges for the ICSID Annulment System: Another Private-Public Problem in the International Investment Dispute settlement », in R. Wolfrum & I. Gätzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations ?*, Heidelberg, Springer, 2013, 393-416.

[24] L'article II(2)(c) du TBI entre Etats-Unis et Roumanie, identique à l'article II(2)(c) du TBI entre Etats-Unis et Argentine. Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of Romania Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 28 mai 1992, disponible à : http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp.

[25] CIRDI, *Noble Venture v. Romania*, Affaire No. ARB/01/11, sentence, 12 oct. 2005, para. 158.

[26] *Ibid.*, para. 61 (nous soulignons).

[27] Thomas Wälde soutient que la clause du respect des obligations sont conçue dans les années 1950 et 1960 afin de protéger les contrats d'investissement contre les acte publics de l'Etat hôte. T. Wälde, « The 'Umbrella' Clause in Investment Arbitration », *Journal of World Investment & Trade*, 6, 2005, 192-193. Il suffit dans le contexte de notre étude de faire remarquer que l'origine ou les travaux préparatoires d'un certain TBI (ou un TBI modèle) est peu pertinent à l'interprétation d'un autre TBI.

sur la base d'un AII n'est d'autre chose qu'un litige de droit public. En concluant un AII qui envisage l'arbitrage comme un des modes de règlement des différends entre investisseur et Etat, l'Etat hôte donne son consentement général au règlement des différends par voie d'arbitrage. Ce consentement se dote, selon l'auteur, essentiellement d'un acte souverain : « Only the State can consent generally to arbitration because only the State has the authority to regulate individuals in its territory and to authorize the compulsory adjudication »[28]. Si la clause du respect des obligations était interprétée pour qu'un différend né d'un contrat commercial soit réglé par l'arbitrage sur la base d'un AII, il en résulterait une anomalie, car cela signifierait qu'un différend de droit privé serait réglé par la procédure de droit public. Donc, pour préserver l'« integrity as public law adjudication » de l'arbitrage sur la base des AII, la clause doit être interprétée, nous dit l'auteur, pour qu'une violation d'un contrat par l'Etat ne constitue également une violation de l'AII que « to the extent that the State's compliance with the contract flowed from a duty of the State that could not attach to any private party »[29].

1.2. *« Tout différend » exclut-il certaines catégories de différend ? : La clause large du règlement des différends*

On rencontre des problèmes du même genre lorsque l'on interprète ce que l'on appelle souvent la « clause large du règlement des différends ». Voici deux exemples typiques :

> [...] If any legal dispute that may arise out of investment made by a national or company of [either] Contracting Party cannot be settled through [...] consultation, [the other] Contracting Party shall consent to submit the dispute to [...] arbitration at the request of such national or company in accordance with the provisions of the [ICSID Convention]. (Art. 11(1), TBI entre Japon et Turquie)[30].

> Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées. Si un tel différend ne peut être réglé dans un délai de six mois [...], il est soumis à la demande de l'investisseur [...] à l'arbitrage [CNUDCI ou CIRDI]. (Art. 7, TBI entre Chine et France)[31].

---

[28] G. van Harten & M. Loughlin, « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *European Journal of International Law*, 17, 2006, 143-144.

[29] G. van Harten, « The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State », *International & Comparative Law Quarterly*, 56, 2007, 391-392.

[30] Accord entre le Japon et la Turquie relatif à l'encouragement des investissements et à leur protection réciproque (avec protocole), 12 fév. 1992, 1853 RTNU 211.

[31] Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 26 novembre 2007.

On dirait que le « sens ordinaire » des termes « tout différend (juridique) » comporte toute sorte de différend (juridique). Dans deux affaires, pourtant, les arbitres ont affirmé que « tout différend » ne comprenait pas certains différends. Il nous suffit ici d'examiner la sentence la mieux motivée, celle rendue dans l'affaire *LESI-Dipenta c. Algérie*[32]. Le TBI applicable dans cette affaire, celui entre Algérie et Italie[33], stipule que le tribunal arbitral est compétent en matière de « [t]out différend relatif aux investissements entre l'un des Etats contractants et un investisseur de l'autre Etat contractant »[34]. Pour déterminer le sens du terme « tout différend », le tribunal a tenté de rechercher la volonté des parties au traités en examinant un autre article du traité applicable, qui stipulait que « [l]es investissements [...] bénéficie de la protection sur le territoire de l'autre Etat contractant [...] excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire » (Art. 4(1)). D'après le tribunal:

> Il en découle que le consentement n'est pas donné, de manière extensive, pour toutes les créances et les actions qui pourraient être liées à un investissement. Il est nécessaire que les mesures prises reviennent à une violation de l'Accord bilatéral, ce qui signifie en particulier qu'elles soient de nature injustifiée ou discriminatoire, en droit ou en fait. Ce n'est donc pas nécessairement le cas de toute violation d'un contrat[35].

Emmanuel Gaillard, qui était un des membres du tribunal dans cette affaire, affirme que ce raisonnement est « plus sain » et « sans doute plus conforme à l'intention des rédacteurs des traités de protection des investissements »[36]. C'est ainsi que le « sens ordinaire » de l'expression « tout différend » a été écarté.

---

[32] Dans l'affaire *SGS c. Pakistan*, le tribunal a affirmé que les réclamations fondées sur des contrats étaient exclues de la portée de l'article 9 du TBI entre Pakistan et Suisse, qui stipule que le tribunal arbitral est compétent en matière de « différends relatifs à des investissements entre une Partie Contractante et un investisseur de l'autre Partie Contractant » : *SGS v. Pakistan*, note 12 ci-dessus, para. 161. On ne peut que regretter que le tribunal n'ait fourni aucune motivation pour fonder cette conclusion. Ce manque de raisonnement s'est fait vivement critiquer par le tribunal dans l'affaire *Tokios Tokelės* : CIRDI, *Tokios Tokelės v. Ukraine*, Affaire No. ARB/02/18, Décision, 29 avril 2004, para. 52, note 2.

[33] Accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République italienne sur la promotion et la protection réciproques des investissements, le 18 mai 1993, disponible à l'adresse : http://www.algerianembassy.it/site-home/investissement.htm.

[34] L'art. 8 du TBI entre Algérie et Italie, voir note 33 ci-dessus. En italien, une autre langue authentique, la partie de la phrase en question est rédigée comme suit : « [o]gni controversia relativa ad investimenti, tra uno degli Stati Contraenti ed un Investitore dell'altro State Contratante ».

[35] CIRDI, *LESI-Dipenta c. Algérie*, Affaire no. ARB/03/08, sentence, 10 janv. 2005, para. 25.

[36] E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. 2, Paris, Pedone, 2010, 174-175. Voir aussi J. Griebel, « Jurisdiction over 'Contract Claims' in Treaty-Based Investment Arbitration on the Basis of Wide Dispute Settlement Clauses in Investment Agreements », *Transnational Dispute Management*, 4(5), 2007, 13.

1.3. *« Toutes les matières » ne couvrent-elle pas certaines matières ? : La clause de la nation la plus favorisée*

Un autre exemple est la question bien connue de l'applicabilité de la clause de la nation la plus favorisée à celle du règlement des différends[37]. Il s'agit de savoir si « toutes les matières » au sujet desquelles l'Etat hôte octroie aux investisseurs étrangers le traitement de la nation la plus favorisée comportent les règles relatives au règlement des différends aussi bien que les obligations substantives.

Dans l'affaire *Berschader c. Russie*, l'investisseur belge a invoqué la clause de la nation la plus favorisée contenue dans le TBI entre Belgique et Russie [URSS][38], qui stipule dans son article 2 que : « Chaque Partie contractante garantit que la clause de la nation la plus favorisée sera appliquée aux investisseurs de l'autre Partie contractante dans toutes les matières visées au présent Accord ».

Cette clause a été invoquée par l'investisseur pour but de faire appliquer les clauses sur le règlement des différends stipulées dans plusieurs autres TBI russes, plus généreuses[39], au lieu de l'article 10 du TBI entre Belgique et Russie, plus restrictif[40]. Le tribunal a rejeté cet argument. Pour lui, le mode de règlement des différends entre investisseur et Etat partie tel qu'il est prévu dans l'article 10 ne constituait pas une des « matières visées au présent Accord »[41]. Selon le tribunal :

---

[37] L'évolution extraordinaire de la jurisprudence arbitrale en la matière a conduit la Commission du droit international (CDI) à reconsidérer le sens et le rôle de la clause de la nation la plus favorisée. *Rapport de la Commission du droit international, soixantième session*, UN Doc. A/63/10, 2008, paras. 351-352.

[38] Accord entre les Gouvernements du Royaume de Belgique et du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, le 9 février 1989, 1946 RTNU, No. I-33361.

[39] Par exemple, l'article 8 du TBI entre Danemark et Russie, qui se dote d'une clause large du règlement des différends. Agreement Between the Government of the Kingdom of Denmark and the Government of the Russian Federation Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 4 Nov. 1993, 2009 RTNU, No. I-34468.

[40] La compétence du tribunal arbitral est limité aux différends relatifs au montant ou au mode de paiement des indemnités en cas d'expropriations. On peut observer à cet égard une tendance récente à élargir la compétence du tribunal sur ce genre de base juridique. Voir *Renta v. Russia*, SCC Arbitration V 024/2007, Award on Preliminary Objections, 20 mars 2009, paras. 28-31; *Tza Yap Shum y Peru*, CIADI ARB/07/6, Decisión sobre juridicción y competencia, 19 juin 2009, paras. 150-151.

[41] Dans plusieurs affaires, les tribunaux ont affirmé que la clause de la nation la plus favorisée contenue dans le TBI applicable ne s'appliquait pas à la clause du règlement des différends. Dans toutes ces affaires, excepté *Berschader c. Russie*, la clause en question n'octroyait pas le traitement de la nation la plus favorisée en « toutes les matières visées au présent Accord ». Voir CIRDI, *Salini v. Jordan*, Affaire No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 nov. 2004, para. 118 (qui met l'accent sur le fait que la clause de la nation la plus favorisée contenue dans le TBI entre Italie-Jordanie ne concerne pas « toutes les matières visée au présent Accord ») ; CIRDI, *Plama v. Bulgaria*, Affaire

> the Arbitral Tribunal agrees that the ordinary meaning of the words 'all matters covered by the present Treaty' is clear. However, such expression must be seen in its context [...]. Articles 9[42] and 11[43] concern the relations between Contracting State Parties only [...] and an MFN clause (which concerns the treatment of investors) obviously cannot apply to these provisions. [...] This analysis shows that the expression 'all matters covered by the present Treaty' certainly cannot be understood literally. [...] [The] consistent practice on the part of the Soviet Union [to remove expropriation from the scope of arbitration] strongly suggests that the Soviet Party did not intend the MFN provision [...] to extend to dispute resolution issues. [...] An interpretation of the text of the Treaty in accordance with the principles of the Vienna Convention is inconclusive. [...] A reasonable interpretation of the intentions of the Contracting Parties in light of the text of the Treaty and other relevant facts shows that it is improbable that the Soviet Contracting Party intended the MFN provision to embrace arbitration issues. [...] Therefore, the jurisdiction of this Tribunal can be based only on the arbitration clause contained in Article 10 of the Treaty[44].

Il est à noter que ce sont des termes que le tribunal arbitral a considérés comme « clairs » qu'il a refusé d'interpréter suivant leur sens ordinaire. Encore plus intéressant est le fait que le tribunal a déclaré qu'une interprétation conformément aux règles énoncées dans la Convention de Vienne était peu concluante : quelles autres règles de l'interprétation ont conduit le tribunal à sa conclusion ? En tout cas, ce qui nous importe dans la présente étude est le fait que le tribunal dans cette affaire a délibérément rejeté le « sens ordinaire » des termes qu'il a pourtant trouvés « clairs ».

1.4. *« Toutes les catégories d'avoirs » excluent-ils certains avoirs ? : La définition de la notion d'investissement*

Pour ce qui est de la notion d'investissement, beaucoup d'encre a coulé sur la définition de ce terme contenu dans l'article 25 de la Convention CIRDI[45].

No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 fév. 2005, para. 227; CIRDI, *Telenor v. Hungary*, Affaire No. ARB/04/15, Sentence, 13 sept. 2006, para. 100 ; CIRDI, *Wintershall v. Argentina*, Affaire No. ARB/04/14, Sentence, 8 déc. 2008, para. 197 ; UNCITRAL, *Austrian Airlines v. Slovakia*, Sentence, 9 oct. 2009, para. 140. « [I]n cases where the MFN clause has referred to "all matters" or "any matter" regulated in the BIT, there has been near-unanimity in finding that the claues covered the dispute settlement rules » : CIRDI, *Impregilo v. Argentina*, Affaire No. ARB/07/17, Sentence, 21 juin 2011, para. 108, voir aussi para. 106.

[42] Relatif au règlement des différends entre les Parties au TBI.

[43] L'article 11 stipule que : « Chaque Partie contractante peut proposer à l'autre Partie contractante de se consulter à propos de toute matière touchant à l'exécution ou à l'interprétation du présent Accord. »

[44] *Berschader v. Russia*, SCC 080/2004, Sentence, 21 avril 2006, paras. 185, 187, 192, 204, 207, 208.

[45] Par ex. S. Manciaux, « Actualité de la notion d'investissement international », in C. Leben (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Paris, LGDJ, 2010, 145.

Cependant, ce qui nous intéresse dans la présente étude est la notion d'investissement définie dans les AII. Il est bien connu que de nombreux AII énonce d'abord une définition générale, suivie par des exemples non exclusifs, comme par exemple le TBI entre Suisse et Ouzbékistan[46] :

> Le terme « investissements » englobe toutes les catégories d'avoirs et en particulier :
>
> (a) la propriété de biens meubles et immeubles [...] ;
> (b) les actions, parts sociales [...] ;
> (c) les créances monétaires et droits à toute prestation ayant une valeur économique ;
> (d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle [...] ;
> (e) les concessions de droit public [...]. (Art. 1(2))

Le tribunal dans l'affaire *Romak c. Ouzbékistan*, institué sur la base de ce TBI, a pourtant décidé que certaines catégories d'avoirs étaient exclues de « toutes les catégories d'avoirs ». Pour le tribunal, « les créances monétaires et droits à toute prestation ayant une valeur économique » sous « *a sale of goods contract* » ne constituent pas les investissements au sens du TBI. Pour arriver à cette conclusion difficilement justifiable à la lumière du « sens ordinaire » des termes employés dans cet article, le tribunal s'est appuyé sur l'objet et le but du TBI :

> The point of departure for the Arbitral Tribunal remains the ordinary meaning of the term 'investment' [...], which entails expenditure or contribution, as well as the purpose of obtaining an economic benefit the existence and extent of which is, by definition, uncertain. However, [...] the Arbitral Tribunal needs. to construe the term 'investments' in its context and in light of the object and purpose of the BIT. In this regard, the Arbitral Tribunal attaches importance to the BIT's preamble [...], and also to the definition of the term 'returns' (Article 1(3)) [...], all of which denote an economic activity involving some performance or duration in relation to the host State. The Arbitral Tribunal therefore considers that the term 'investments' under the BIT has an inherent meaning [...] entailing a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk[47].

Pour le tribunal, le terme a ainsi le « sens inhérent », qui doit être établi à partir du « sens ordinaire » en tenant compte de l'objet et du but du traité.

1.5. *« Recommander » signifie-t-il « ordonner » ? : Mesures conservatoires*

Notre dernier exemple n'est moins impressionnant que les précédents. La Convention CIRDI donne au tribunal arbitral le pouvoir de « recommander » des mesures conservatoires pour sauvegarder les droits des parties (Art. 47). Il est bien

---

[46] Accord entre la Confédération suisse et la République d'Ouzbékistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, conclu le 16 avril 1993, *Recueil systématique*, 0.975.262.1.

[47] Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), *Romak v. Uzbekistan*, Affaire No. AA280, Sentence, 26 nov. 2009, paras. 206-207.

connu que les rédacteurs de la Convention ont remplacé le terme « prescribe » avec « recommend » afin de mettre en exergue le caractère non-obligatoire des mesures conservatoires[48]. Le Règlement d'arbitrage de la CIRDI emploie le même terme dans ce contexte (Art. 39).

Aujourd'hui, pourtant, personne ne douterait qu'il existe une jurisprudence constante d'après laquelle les mesures conservatoires « recommandées » par les tribunaux CIRDI sont juridiquement obligatoires[49]. Il va sans dire que cette jurisprudence constante est complètement contradictoire avec le « sens ordinaire » du terme.

C'est la décision du président du tribunal dans l'affaire *Maffezini c. Espagne* qui a reconnu pour la première fois le caractère obligatoire des mesures provisoires. Le président, dans son ordonnance procédurale, tout en admettant que les termes « order » et « recommend » sont employés dans le Règlement d'arbitrage de la CIRDI, a affirmé que « the difference is more apparent than real. » Selon lui,

> [t]he Tribunal does not believe that the parties to the Convention meant to create a substantial difference in the effect of these two words. The Tribunal's authority to rule on provisional measures is no less binding [*obligatoria*] than that of a final award[50].

Dans l'affaire *Pey Casado c. Chili*, le tribunal admettait qu'il résulterait d'« une interprétation littérale » que les mesures conservatoires « recommandées » n'étaient pas obligatoires[51]. Cependant, il est arrivé, à travers l'arrêt *LaGrand* de la Cour internationale de justice[52], à une conclusion qui contredisait l'« interprétation littérale » parce que, selon le tribunal, « les mesures conservatoires ont, notamment ou principalement, pour but de préserver ou protéger l'efficacité de la décision à intervenir sur le fond »[53].

Encore plus surprenant et la décision du tribunal arbitral dans l'affaire *Perenco c. Equateur*. Il a déclaré avec une franchise brutale que :

> *Irrespective of the precise terminology used*, the Tribunal's efforts to effectuate its mandate under a treaty by prevailing on the parties to maintain the status quo in the case before it are binding on the parties pursuant to their obligations under said treaty.

---

48 C. Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary* (2e ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 764.

49 Voir CIRDI, *Tokios Tokelės v. Ukraine*, Affaire No. ARB/02/18, Order No. 1, Claimant's Request for Provisional Measures, 1 juillet 2003, para. 4 ; CIRDI, *Occidental v. Ecuador*, Affaire No. ARB/06/11, Decision on Provisional Measures, 17 août 2007, para. 58.

50 *Maffezini c. España*, CIADI ARB/97/7, Resolución procesal No 2, 28 oct. 1999. Nous citons la traduction anglaise officieuse disponible sur le site web du CIRDI.

51 CIRDI, *Pey Casado c. Chili*, Affaire No. ARB/98/2, Décision sur les mesures conservatoires sollicitées par les Parties, le 25 sept. 2001, para. 18.

52 CIJ, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, le 27 juin 2001, CIJ Recueil 2001, 466, para. 102.

53 CIRDI, *Pey Casado c. Chili*, para. 26.

> [...] So long as and to the extent that the arbitration is in progress, both parties are under an international obligation to comply with whatever the tribunal issues as provisional measures for the purpose of protecting its jurisdiction and its ability, should it so decide, to grant the relief requested. State Parties to the ICSID Convention thus *inherently* are under an international obligation to comply with provisional measures issued by an ICSID tribunal[54].

2. Un statut incertain du « sens ordinaire »

Le survol rapide que nous venons d'effectuer sur les sentences et décisions arbitrales nous fait remarquer que le « sens ordinaire » des termes n'a joué qu'un rôle très restreint. Cette tendance est en fait confirmée par les tribunaux qui mettent *prima facie* l'accent sur le « sens ordinaire » des termes (2.1). Ils s'efforcent en effet de regarder l'économie générale de l'AII applicable pour interpréter ses termes (2.2).

2.1. *Un rôle restreint du « sens ordinaire »*

Il est tout à fait compréhensible que de nombreux auteurs critiquent les tribunaux dans les affaires *El Paso, LESI-Dipenta* ou *Berschader* pour éviter ou écarter le « sens ordinaire » des termes des AII en question[55]. Avant de s'aligner immédiatement à cette critique, il vaut mieux examiner de près les méthodes interprétatives employées par les autres tribunaux qui paraissent, à première vue, fidèles au « sens ordinaire » des termes, contrairement à ceux que nous venons de voir. En fait, une lecture attentive des sentences et décisions de ces tribunaux nous fait remarquer que même dans ces cas, le « sens ordinaire » des termes ne joue pas un rôle décisif dans les motivations avancées par les tribunaux arbitraux.

Pour ce qui est de la clause du respect des obligations, un certain nombre de tribunaux ont reconnu, contrairement au tribunal dans l'affaire *El Paso c. Argentine*, que « toute obligation » comporte les obligations nées d'un contrat commercial. Ce qui nous intéresse dans le contexte de la présente étude est le fait que ces tribunaux ne fondent pas leurs arguments uniquement sur le « sens ordinaire » des termes. Par exemple, dans l'affaire *SGS c. Philippines*, le tribunal a affirmé que :

---

[54] CIRDI, *Perenco v. Ecuador*, Affaire No. ARB/08/6, Decision on Provisional Measures, 8 mai 2009, paras. 66-67 (nous soulignons).

[55] J.P. Gaffney & J.L. Loftis, « The 'Effective Ordinary Meaning' of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims », *Journal of World Investment & Trade*, 8, 2007, 21 (la clause du respect des obligations) ; C. Schreuer, « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the *Vivendi I* Case Considered », in T. Weiler (ed.), *International Investment Law and Arbitration*, London, Cameron May, 2005, 296 (la clause large du règlement des différends); S.W. Schill, « Most-Favored-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration », *Journal of World Investment & Trade*, 10, 2009, 203-206 (l'applicabilité de la clause de la nation la plus favorisée à la clause du règlement des différends).

> The term 'any obligation' is *capable of* applying to obligations arising under national law, e.g. those arising from a contract [...]. The object and purpose of the BIT supports an *effective* interpretation of Article X(2). The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended 'to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other'. *It is legitimate to resolve uncertainties* in its interpretation so as to favour the protection of covered investments[56].

Les expressions que nous avons mises en italique donnent à penser que le tribunal serait arrivé à une autre conclusion si les considérations basées sur l'objet et le but du TBI ainsi que sur la règle de l'effet utile l'avaient exigée[57]. Dans ce sens, l'objet et le but du TBI applicable et/ou la règle effet utile jouent un rôle aussi important ou probablement plus important que le « sens ordinaire » des termes. En effet, même si le TBI stipule que l'Etat hôte respecte toute obligation, on n'imaginerait pas que le traité exige juridiquement que l'Etat hôte respecte des obligations religieuses...

Le tribunal dans l'affaire *SGS c. Philippines* adopte une approche semblable pour interpréter la clause large du règlement des différends contenue dans le TBI entre Suisse et Philippines[58].

---

[56] CIRDI, *SGS v. Philippines*, Affaire No. ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 Jan. 2004, paras. 115-116 (nous soulignons).

[57] Voir aussi Ad Hoc Arbitration, *Eureko v. Poland*, Partial Award, 19 août 2005, para. 246 ; CIRDI, *BIVAC v. Paraguay*, Affaire No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 mai 2009, para. 141 ; CIRDI, *Toto Costruzioni v. Lebanon*, Affaire No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 sept. 2009, para. 201. Le tribunal dans l'affaire CIRDI, *SGS c. Paraguay*, Affaire No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 fév. 2010, quant à lui, met plus d'accent sur le « sens ordinaire » des termes pour interpréter la clause du respect des obligations contenu dans le TBI suisse-paraguayen. Le tribunal s'est pourtant senti obligé de justifier sa conclusion en se référant à la position prise par le Gouvernement suisse qui adopte la même interprétation de la clause en question (para. 169). Le tribunal n'a ainsi pas fondé sa conclusion uniquement sur le « sens ordinaire » des termes interprétés. Il paraît que la sentence dans l'affaire *Siemens c. Argentine* se fonde uniquement sur le « sens ordinaire » des termes « any obligations », mais il s'agit d'un *obiter dictum*: CIRDI, *Siemens v. Argentina*, Affaire No. ARB/02/8, Sentence, 6 fév. 2007, paras. 204, 206. L'affaire *Duke Energy c. Equateur* n'est pas pertinente, car il existait un accord spécial entre les parties selon lequel le TBI s'appliquait aux différends nés de contrats : CIRDI, *Duke Energy v. Ecuador*, Affaire No. ARB/04/19, Sentence, 18 août 2008, para. 321. Dans l'affaire *Fedax c. Venezuela*, la première dans laquelle la clause du respect des obligations a été appliquée, le tribunal n'a pas trouvé nécessaire d'expliquer pourquoi une violation d'un contrat de prêt constituait également une violation de la clause du respect des obligations. CIRDI, *Fedax v. Venezuela*, Affaire No. ARB/96/3, Sentence, 9 mars 1998, paras. 27-29.

[58] CIRDI, *SGS v. Philippines*, paras. 131-132. Si certains tribunaux arbitraux et comités *ad hoc* arrivent à la même conclusion sur la seule base du « sens ordinaire » des termes « any disputes / tous les différends », il s'agit là aussi d'*obiter dicta*. Voir CIRDI, *R.F.C.C. c. Maroc*, Affaire No. ARB/00/6, Décision sur la compétence, le 16 juillet 2001, paras. 67-68 ; CIRDI, *Salini c. Maroc*, Affaire No. ARB/00/4, Décision sur la compétence, le

Le même constat s'applique aux sentences et décisions arbitrales qui reconnaissent l'applicabilité de la clause de la nation la plus favorisée à celle du règlement des différends. Si la célèbre décision *Maffezini c. Espagne*, la première qui a affirmé cette applicabilité, s'est certes référée d'abord aux termes du TBI applicable, selon lesquels le traitement de la nation la plus favorisée serait accordé en ce qui concerne « *todas las materias regidas por el presente Acuerdo* [toutes les matières visées au présent Accord] », c'est pour montrer que cette clause ne prévoyait pas explicitement son application à la clause du règlement des différends[59]. Le tribunal a ensuite mis en exergue l'importance contemporaine de l'« arbitrage unilatéral » à travers une analyse de l'évolution historique du système de la protection des investissements en droit international pour affirmer que le système de l'« arbitrage unilatéral » est « closely linked to the material aspects of the treatment accorded »[60]. Et ce n'est qu'à la suite de cette affirmation que le tribunal est enfin arrivé à la conclusion en faveur de l'applicabilité de la clause de la nation la plus favorisée à celle du règlement des différends[61].

Pour ce qui est de la définition de la notion des investissements dans l'AII applicable, le meilleur exemple qui montre le rôle restreint du « sens ordinaire » des termes interprétés est la décision du tribunal dans l'affaire *Fedax c. Venezuela*. Cette décision, souvent critiqué pour être « the first in a line of expansionary awards associated with liberalisation and the trend to extend standing before investment tribunals to as wide a category of transactions as possible »[62], ne s'est pas contenté de se référer au texte du TBI entre Pays-Bas et Equateur qui définissait les investissement comme « every kind of asset and more particularly though not exclusively [...] titles to money »[63] pour affirmer qu'un prêt constituait un investissement selon le TBI. Le tribunal a en effet pris la peine d'examiner d'autres traités pour la protection des investissements, y compris ceux auxquels les parties aux TBI en question ne participaient pas, pour établir l'intention des parties d'adopter « a very broad meaning for the term 'investment' »[64].

---

23 juillet 2001, paras. 59-61; CIRDI, *CAA (Vivendi) v. Argentina*, para. 55 ; CIRDI, *Siemens v. Argentina*, para. 205.

[59] *Maffezini c. España*, CIADI No ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 25 jan. 2000, para. 53.

[60] *Ibid.*, para. 55.

[61] *Ibid.*, para. 56. CIRDI, *Contra Impregilo v. Argentina*, Affaire No. ARB/07/17, Sentence, 21 juin 2011, paras. 99-108. Voir l'opinion partiellement dissidente de Brigitte Stern, note 75 ci-dessous.

[62] M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (3e ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 315.

[63] Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Republic of Venezuela and the Kingdom of the Netherlands, signed on 22 oct. 1991, 1788 RTNU 45.

[64] CIRDI, *Fedax v. Ecuador*, Affaire No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11 juillet 1997, paras. 31-36.

Le plus révélateur du rôle restreint du « sens ordinaire » des termes interprétés est peut-être le fait qu'il n'existe aucun précédent arbitral dans lequel le tribunal ait considéré les mesures conservatoires « recommandées » comme dépourvues de force obligatoires. Toutes les décisions arbitrales publiées traitant de la question ont affirmé le caractère obligatoire des mesures « recommandées »[65].

2.2. *L'absence de « sens ordinaire » indépendant*

L'attitude cohérente des tribunaux arbitraux que nous venons d'examiner nous conduit à s'accorder avec ceux qui soutiennent qu' « [a] lawyer, if anyone, should know that there is no 'ordinary meaning' of any word in a vacuum »[66]. Mais, si le « sens ordinaire » des termes n'a pas d'effet décisif puisqu'il ne peut pas être établi dans un vide, d'où viennent les différences d'interprétation ?

La différence dans l'interprétation de la clause du respect des obligations peut s'expliquer de deux perspectives. *Primo*, les tribunaux ne s'accordent pas sur la nature de l'« arbitrage unilatéral » institué sur la base d'un AII: l'école d'*El Paso* considère que les AII, et donc l'arbitrage institué sur leur base, n'ont pour but que de contrôler les comportements de l'Etat souverain[67], tandis que ses critiques sont convaincus que les AII sont conclu également pour régler les différends nés des contrats de nature purement commerciale[68]. *Secundo*, si tous les tribunaux prennent en compte la règle de l'effet utile, l'école d'*El Paso* songe à l'effet utile des autres stipulations substantives[69], alors que ses critiques à celui de la clause du respect des obligations[70].

---

[65] Voir les affaires citées dans les notes ci-dessus 50, 51, 54.

[66] L. Halonen, « Containing the Scope of the Umbrella Clause », in T.J. Grierson Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington, Juris, 2008, 27-28. Pour une approche plus modeste, qui nous mène pourtant à la même conclusion, voir T.W. Wälde, « Interpreting Investment Treaties », in C. Binder (ed.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 753.

[67] Le raisonnement adopté par le tribunal *El Paso* peut être qualifié, comme le dit Emmanuel Gaillard, « plus politique que technique » : Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, 2010, 276. Bien que l'éminent expert critique cette approche « politique », le tribunal *El Paso* répondrait simplement qu'il ne partage pas les considérations politiques que maintient Gaillard.

[68] Voir les affaires citées dans la note 57 ci-dessus. Voir aussi C. Leben, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *Annuaire Français de Droit International*, 50, 2004, 710-711.

[69] E.g. CIRDI, *El Paso v. Argentina*, para. 76. Cette position est pourtant difficile à accepter. Un investissement n'est pas nécessairement effectué par le moyen d'un contrat. Même lorsqu'il existe un contrat, une violation n'en constitue pas nécessairement une expropriation ou une violation de l'obligation du traitement juste et équitable. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, 279.

[70] CIRDI, *SGS v. Philippines*. Voir aussi H.-J. Schramke, « The Interpretation of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties », *Transnational Dispute Management*, 4(5), 2007, 22.

Pour ce qui est de la clause large du règlement des différends, les tribunaux arrivent à des conclusions différentes parce qu'ils comprennent de manière différente l'objet et le but de l'AII applicable ou le contexte dans lequel se situe la clause en question. Le tribunal dans l'affaire *LESI-Dipenta c. Algérie* soutient, comme nous l'avons vu, que l'objet et le but du TBI applicable étaient de contrôler les comportements gouvernementaux de nature injustifiée ou discriminatoires[71]. Ses critiques considèrent, quant à eux, que les AII ont également pour but de régler des différends de nature commerciale. De plus, le contexte peut jouer un rôle aussi déterminant : il arrive très souvent que le tribunal arbitral se réfère au fait que l'AII applicable, dont la clause du règlement des différends investisseur-État portant sur « tout différend », limite la portée de la clause sur le règlement des différends interétatiques, c'est-à-dire entre les parties à l'AII, limite aux « différends [...] relatifs à l'interprétation ou à l'application des disposition du présent Accord »[72].

En ce qui concerne l'applicabilité de la clause de la nation la plus favorisée à celle du règlement des différends, les tribunaux dans les affaires *Berschader* et *Maffezini* sont arrivées à deux conclusions diamétralement opposées sur la base des mêmes termes – « toutes les matières visées au présent Accord » – parce qu'ils ont trouvé que les conditions ou les circonstances dans lesquelles l'AII en question avait été conclu étaient différentes. Le tribunal dans l'affaire *Berschader*, à travers un examen de l'ensemble des AII qu'une des parties au différend avait conclus, a considéré qu'elle n'avait pas voulu faire appliquer la clause de la nation la plus favorisée à celle du règlement des différends[73]. Le tribunal dans l'affaire *Maffezini*, quant à lui, s'est appuyé sur l'évolution historique du système de la protection des investissements en droit international pour arriver à tout autre conclusion[74]. Les deux ont ainsi adopté la même technique interprétative : ils ont simplement compris de manière différente les conditions ou les circonstances dans lesquelles l'AII en question avait été conclu[75].

---

71 CIRDI, *LESI-Dipenta c. Algérie*.

72 CIRDI, *SGS v. Philippines*, para. 132 (relative au TBI entre Philippines et Suisse). Voir par ex. l'art. 13(2) du TBI entre Japon et Turquie, voir note 30 ci-dessus.

73 *Berschader v. Russia*, para. 204.

74 *Maffezini c. España*, *supra* note 59, paras. 54-56.

75 On peut comprendre de manière similaire l'opinion partiellement dissidente de Brigitte Stern dans l'affaire CIRDI, *Impregilo c. Argentine*, Affaire No. ARB/07/17, Sentence, 21 juin 2011. Tout en reconnaissant que la clause du traitement de la nation la plus favorisé emploie l'expression « all matters », l'arbitre en rejette l'applicabilité à la clause du règlement des différends investisseur-État. D'après elle, « there is a substantial treatment and there is a jurisdictional treatment which are quite distinct and must be distinguished » because « the jurisdictional treatment is never inherent in the substantive treatment on the international level ». (Concurring and Dissenting Opinion, para. 45). Le terme aussi simple et clair que 'all matters' doit être interprété dans le contexte général du droit international public.

Notre analyse brève des sentences et décisions arbitrales nous font ainsi remarquer que les tribunaux arbitraux n'établissent guère le « sens ordinaire » des termes indépendamment de l'objet et du but du traité ou du contexte dans lequel se situent les termes à interpréter.

3. Conclusion: L'opération interprétative comme « un tout intégré »

Abstraction faite de certains exemples extrêmes[76], les sentences et décisions arbitrales que nous avons examinées dans cette étude se conforment parfaitement à l'article 31(1) de la Convention de Vienne. Cet alinéa maintes fois cités n'énonce pas que le sens des termes existe objectivement et correspond à une certaine idée, à la manière platonicienne ou vattelienne[77]. Il stipule en revanche que le « sens ordinaire » est « à attribuer »[78]. Qui l'attribue aux termes ? Ce sont les interprètes, c'est-à-dire les Etats parties au traité et, le cas échéant, les courts et les tribunaux. Comment ? « [D]ans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Autrement dit, le « sens ordinaire » n'est pas quelque chose qui existe dans le monde juridique indépendamment du contexte ou de l'objet et du but du traité[79].

La Commission du droit international a mis l'accent dans son commentaire pour le projet d'articles de 1966 qui est ensuite devenu la Convention de Vienne que l'article 31 actuel s'intitule « Règle générale d'interprétation » au singulier[80]. L'article 31 ne constitue pas un ensemble de plusieurs règles d'interprétation et de règles métajuridiques qui les coordonneraient. Il stipule une seule règle d'interprétation.

Il est vrai que l'on doit partir du texte dans le sens qu'il est par définition l'objet de l'opération intellectuelle qui s'appelle l'interprétation. Ceci dit, comme l'a affirmé un tribunal arbitral – bien qu'il n'ait pas traité d'aucune question relative aux investissements –, la règle générale d'interprétation codifiée dans l'article 31

---

[76] Voir *Perenco v. Ecuador*, qui ose dire « irrespective of the precise terms used » : voir note 54 ci-dessus. Ceci dit, nonobstant les termes précis employés par cette sentence audacieuse, on peut considérer que le tribunal *Perenco* a en fait tenté d'interpréter les termes en question à la lumière de l'objet et du but de la Convention CIRDI.

[77] « La première maxime générale sur l'interprétation est, qu'il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation. » : E. de Vattel, *Le droit des gens ou principe de la loi naturelle*, Neuchâtel, 1758, livre II, chapitre XVII, para. 263.

[78] « [T]he word 'given' in the phrase 'to be given' is apt to emphasize that the meaning is not inherent in the text but something to be attributed by the interpreter ». R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 164.

[79] R. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 419 ; voir aussi O. Corten, « Les techniques reproduites aux Articles 31 à 33 des Conventions de Vienne », *Revue Générale de Droit International Public*, 115, 2011, 355-356.

[80] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966-II, 239, para. 8.

de la Convention de Vienne forme « un tout intégré »[81]. Les sentences et décisions rendues dans les affaires relatives aux investissements nous font remarquer que le « sens ordinaire » des termes n'existe pas *a priori*[82] et n'a aucune priorité hiérarchique par rapport aux autres éléments d'interprétation. Comme le soulignent certains rapports sur le règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce[83], la règle d'interprétation telle qu'elle est codifiée dans la Convention de Vienne exige une approche holistique[84]. La question de savoir comment interpréter sur la base de cette approche holistique la clause du respect des obligations et les autres clauses examinées dans cette étude a évidemment plus d'importance pratique[85], et nous l'aborderons pour une autre occasion[86].

---

81 Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976, Décision du 12 mars 2004, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. 25, 267, para. 62.

82 *Contra* J. Romesh Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 51, para. 3.35. L'auteur considère que le « sens ordinaire » existe indépendamment du contexte ou du but ou de l'objet du traité. Pour une attitude un peu plus nuancée, voir L. Markert, « International Investment Law and Treaty Interpretation », in R. Hofmann & C.J. Tams (eds.), *International Investment Law and German International Law*, Baden-Baden, Nomos, 2011, 59-61.

83 *EC-Boneless Chicken Cuts, Report of the Appellate Body*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 Sept. 2005, para. 176 ; see also *US-Gambling, Report of the Appellate Body*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005, para. 166.

84 On soutient souvent que la Cour est arrivé à la conclusion dans l'affaire *LaGrand* uniquement sur la base du « sens ordinaire » des termes « ses droits » dans l'article 36(1)(b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Voir Opinion individuelle du vice-président Shi, *LaGrand*, 519, para. 3. Cependant, il est à noter que la Cour dit que : « La clarté de ces dispositions, *lues dans leur contexte*, ne laisse en rien à désirer. » CIJ, *LaGrand*, 494, para. 77 (nous soulignons).

85 Voir par exemple: S. Lemaire, « La mystérieuse umbrella clause », *Revue de l'arbitrage*, 2009, 479-502 (la clause du respect des obligations) ; Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, 172-175 (la clause large du règlement des différends) ; S.W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 121-196 (la clause de la nation la plus favorisée) ; Z. Mavrogordato & G. Sidere, « The Nature and Enforceability of ICSID Provisional Measures », *Arbitration*, 75, 2009, 38-46 (les mesures conservatoires « recommandées » conformément à la Convention CIRDI).

86 Pour nos analyses préliminaires, voir S. Hamamoto, « Gimu Junshu Joko [La clause du respect des obligations] », in Akira Kotera (ed.), *Kokusai Toshi Kyotei* [*Accords internationaux des investissements*], Tokyo, Sanseido, 2010, 137-155 [en japonais] ; S. Hamamoto, « Toshi Hogo Joyaku ni motozuku Tyusai Tetsuzuki ni okeru Toshi Keiyaku Ihan no Atsukai [*Violations de contrats dans l'arbitrage institué sur la base d'un accord internatioanl d'investissement*] », *RIETI Discussion Paper* 08-J-014, http://www.rieti.go.jp/en/publications/summary/08070005.html/ [en japonais avec un résumé en anglais].

PARTIE III

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME

PART III

INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

CHAPTER THIRTY-THREE

HUMAN RIGHTS IN THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: ARE WE WITNESSING A SEA CHANGE?

Bruno Simma*

1. Introductory Remark

In my contribution to another *Festschrift*,[1] published in late 2011, I undertook to trace and explain the development of the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ) relevant to human rights. Having been invited to participate in the present collection of essays in honor of my colleague and friend Pierre-Marie Dupuy, I have thought it fitting to pursue this topic further by updating and developing my earlier observations and subject what I consider to be a remarkable series of genuine "human rights cases" most recently decided by the World Court to a critical analysis (see Part 3). Before turning to this new case law, I will briefly summarize the view—developed in my 2011 paper—as to the impact which the development of human rights has had on the work of the Court and, *vice versa*, whether and, eventually in what way the jurisprudence of the Court has contributed to the development of international human rights law (see the following Part 2, Sections 1 and 2), as well as draw a few conclusions on what I consider to be a proper role for the Court in the pursuit of the human rights project (in Part 2, Section 3).

* Former Judge of the International Court of Justice.

[1] B. Simma, "Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?", in H.P. Hestermeyer *et al.* (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. 1, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 577ff.

2. International Human Rights and the Jurisprudence of the ICJ in the First 50 Years of Its Activity

2.1. *The Court's Case Law*

It would be a gross exaggeration to say that during the first decades following the consecration of human rights in the United Nations (UN) Charter as fundamental values to be pursued by the new world organization, the UN's "principal judicial organ" displayed particular keenness to occupy a prominent place in this field. Neither was the Court expected to do so. For instance, according to a report of the Australian delegation to the UN Commission on Human Rights,[2] when in 1947, in the course of the Commission's discussion on the implementation of the future "Bill of Rights," the United Kingdom proposed to invest the ICJ with the power to render advisory opinions on the matter which could then be submitted for action to the General Assembly, "subsequent discussion demolished this view".

Up to the 1990s, ICJ jurisprudence relevant to human rights is scarce and the little we find is marked by hesitation and restraint. But this was not surprising in view of the fact that the global human rights project driven by the UN spent decades concentrating on standard-setting much more than on implementation of norms and, and later, while turning its attention to implementation, achieved only very modest progress. Obviously, opportunities for the ICJ to respond to human rights issues will depend almost totally on the merits of the cases or questions brought before it; hence, it is quite natural that case law containing human rights elements would somehow develop in tandem with the widening and thickening of the corpus of international human rights. In the case law we do come across, it is possible to distinguish three ways in which human rights became relevant.

In a number of decisions of the Court, human rights considerations appear more or less incidentally, with our rights playing a subordinate role only and thus mentioned rather in *obiter dicta*, neither developed fully nor always in an entirely positive sense. I would consider *Corfu Channel* (1949), *Barcelona Traction* (1980), *Tehran* (1980), *LaGrand* (2001) and *Avena* (2004) as belonging to this group.[3]

Human rights considerations occupy somewhat more space in a second group of cases, but also here they appear rather as occasions for the Court to engage in discussions of matters different from human rights proper, even though the subject-matters of these cases might be linked to our rights in a technical way; as exemplified in the Advisory Opinion on *Reservations to the Genocide Convention* (1951), the Opinions on the *Interpretation of Peace Treaties* (1950), no less than three Opinions related to the international status of *South West Africa* (1950, 1955, 1956), in the 1986 Judgment in the *Nicaragua* case and two Advisory

---

[2] Brought to my attention by Philip Alston (on file with the author).

[3] For details see my article mentioned in note 1.

Opinions on the legal status of UN human rights rapporteurs: *Mazilu* (1989) and *Cumaraswamy* (1999).[4]

I have grouped in a third, separate, cluster the decisions in which the ICJ developed the right of self-determination of peoples. Even though the relationship of this part of the jurisprudence with the topic of the present article is obvious since UN doctrine regarded, and still regards, the realization of the right to self-determination as amounting to a *conditio sine qua non* for the enjoyment of individual human rights, I will not pursue the Court's case law on the matter any further in the present context because I view it as marked by legal-political features that are substantially different from those displayed by the individual-human-rights jurisprudence to be analyzed here.[5]

Within recent years, cases relevant from a human rights viewpoint have begun to fare more prominently on the ICJ's docket. The Court has tackled human rights questions—as well as issues of international humanitarian law (IHL)—in more straightforward ways and also had the opportunity to decide cases focusing squarely on allegations of violations of these rights. We observe what could be called changes both in quantity, that is, in the number and relative space on the docket of cases in point, and in quality, that is, with regard to the importance of the human rights elements involved in the overall dimensions of the case law and the attention given by the Court's decisions to these elements. However, I would still make a distinction here between, on the one hand, cases in which human rights questions constituted one out of several subject-matters to be treated by the Court and, on the other, cases whose merits squarely and centrally turn around human rights. I regard the two Advisory Opinions on *Nuclear Weapons* (1996) and the *Wall* (2004), as well as the Judgments in the *Congo v. Uganda* (2005) and *Genocide* (*Bosnia Herzegovina v. Serbia* (2007)[6] cases as belonging to the first-mentioned group.[7]

In the *Nuclear Weapons* Opinion, the Court for the first time in its jurisprudence squarely faced and developed views on the substance of human rights, as it were (albeit in a rather summary way, spending no more than three paragraphs on the matter), in particular whether the use of nuclear weapons would violate the right to life embodied in the International Covenant on Civil and

---

[4] See Simma, "Human Rights".

[5] See, however, *ibid.*

[6] I admit that the *Genocide* case does not sit that well in my first group for the reasons set out in the text below.

[7] I have not included *Congo v. Rwanda* (2006), where the Court was not able to reach the merits of the case because of lack of jurisdiction, but refer the reader to the Joint Separate Opinion of five Judges appended to the Judgment, which relates to limits *de lege ferenda* of reservations excluding ICJ jurisdiction over the Genocide Convention: ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, ICJ Reports 2006, 6, paras. 65ff.

Political Rights (ICCPR) of 1966 and in regional human rights treaties, and, further, whether such use might implicate violations of the Genocide Convention of 1948.[8] As to the human right to life, while recognizing that the prohibition of arbitrary deprivation of life consecrated in article 6 of the ICCPR did not lose its validity in times of armed conflict, the Court stated that the matter then becomes subject to the *lex specialis* of international humanitarian law (to which the Court turned later). Regarding the question of genocide, the Court concluded that, in view of the specific intent at the basis of this international crime, an answer to the question whether the crime of genocide could be committed through the use of nuclear weapons could only be given by taking into account the circumstances of specific cases.

In its *Wall* Opinion of 2004, the ICJ turned from the abstract to the concrete and found that the construction of the separation barrier/wall on occupied Palestinian territory by Israel resulted, *inter alia*, in violations of obligations arising from human rights treaties. What is noteworthy in this context is that the Court, for the first time in its history, dealt with economic and social rights of the individuals affected by the Wall and affirmed the extraterritorial effect of the obligations arising under the respective UN Covenant. Further, the Court took the opportunity to somewhat refine its view on the relationship between human rights law and international humanitarian law first enunciated in *Nuclear Weapons*.[9]

A year later, in the *Congo v. Uganda* case,[10] the Court judged the activities of the Ugandan army in the Democratic Republic of the Congo during the Great Lakes conflict of 1998–2003 as against the yardstick mainly of international humanitarian law but also of the ICCPR, the African Charter of Human and Peoples' Rights as well as the UN Convention on the Rights of the Child. It found Uganda responsible for multiple violations of obligations under these treaties without examining the precise circumstances of the instances in which these violations had occurred.

In 2007 there followed the Judgment in the *Genocide* case, deciding on an Application which Bosnia-Herzegovina had brought as early as 1993.[11] Like the African case just described, this litigation constituted what I would call a juridical *Nebenkriegsschauplatz*, in other words, collateral action within the context of a wider political-military dispute. This peculiar nature of the case becomes

---

[8] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, paras. 239ff.

[9] ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 136, paras. 184–192.

[10] ICJ, *Armed Activities in the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, 168, paras. 231–245.

[11] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, 43.

apparent if we confront both the submissions listed in Bosnia's original application, squeezed—unsuccessfully—through the needle's eye of the Genocide Convention, and the concept of one single, overarching "genocide" comprising the entirety of the hostile activities of the Serbs and the Bosnian Serbs in Bosnia-Herzegovina put forward by the Claimant at the stage of the hearings 13 years later, with the actual outcome of the case: the Court agreed with the findings of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), according to which one single incident of genocide, albeit of utmost gravity, had occurred at Srebenica in July 1995, and declared Serbia in breach of, *inter alia*, the obligation of prevention embodied in the 1948 Convention, without regarding it as an accomplice in the crime. Be this as it may, the case remains a human rights case, like the still-pending second *Genocide* case, this time brought by Croatia against Serbia in 1999, in regard to which the Court engaged in a truly remarkable effort to confirm jurisdiction and admissibility in 2008.[12]

Following this brief *tour d'horizon* on the jurisprudence of the Court in which questions of international human rights fared as matters *inter alia*, let us now turn to the last two years, in which, starting with *Diallo*, there came about a whole cluster of case law with its very focus on human rights, resulting in decisions in which the Court's treatment of questions of human rights law reached new degrees of intensity. As to the actual success of human rights arguments put forward by the parties in these cases, what we see is something like a roller-coaster ride: great heights followed by distinct lows. The series of decisions thus characterized constitutes the case law to which I will devote the principal part of the present study. However, before doing so, I will briefly illuminate the background and context of the Court's human rights jurisprudence and thus define the parameters, as it were, which I consider to be of relevance also for the future of ICJ dealings with human rights questions.

2.2. *The Background and Context of ICJ Human Rights Jurisprudence*

The preceding brief overview of the Court's respective jurisprudence has shown a marked growth of human rights-related cases and also its increasing openness to deal with submissions and arguments in this regard. However, the relevance and relative weight of human rights discourse in ICJ case law has still differed greatly. It was not until 2005, in the *Congo v. Uganda* case, that violations of human rights by a Respondent in contentious proceedings were expressly stated in the *dispositif* of a judgment. I would thus hesitate to already speak of a qualitative leap in ICJ human rights jurisprudence. What we have witnessed within the last two years (and will be described in the following Part of the present article) appears to have been a singular accumulation of cases brought to The Hague in which

[12] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment of 16 November 2008, ICJ Reports 2008, 411.

the Applicant requested the Court to render a decision (also) on the question of whether certain human rights obligations had been violated by the Respondent. The emergence of such a cluster of relevant cases seems to me to have been purely coincidental. A look at the list of cases pending at the time of writing (in late 2012) does not impress the observer as similarly human rights-heavy. Besides, as we will see, not in all of the cases that formed what I called a cluster, human rights claims turned out to be victorious.

Let me therefore draw attention to a number of legal and political factors which have circumscribed, or rather, limited, the possibility for the ICJ to reach out to human rights, so to speak, in the past and will, in my view, also continue to do so in the future, albeit possibly to a somewhat lesser degree.

First, every human rights claim hitherto brought before the ICJ has had its legal basis in a treaty. However, only a handful of the major human rights treaties contain compromissory clauses providing for the Court's jurisdiction[13] and where such a provision does exist, its effect can still be reduced or excluded by the necessity to overcome certain prior procedural hurdles or by the possibility of excluding such effect by way of reservations, as became painfully clear in the *Congo v. Rwanda* and *Georgia v. Russia* cases.[14]

Secondly, even where ICJ jurisdiction is given, the Court's findings will depend on and essentially be limited by the Parties' submissions—*ne eat judex ultra petita partium.* And for a variety of legal and strategic reasons, the Parties may be more or less inclined to let human rights become part of arguments. While at the level of doctrine and theory, it cannot be denied that contemporary international law does posit a collective, i.e. community interest in the respect for human rights and has confirmed such interest by developing the concept of obligations *erga omnes* (admirably accommodated in the UN International Law Commission's Articles on State responsibility of 2001),[15] States have not yet displayed great keenness, to put it mildly, to enforce such interest by bringing human rights disputes before the Court, particularly to pursue claims of violations of human rights by other States that were not committed against their own nationals. The lonely swallow of the *Belgium v. Senegal* case (to be described below) has yet to make a summer. And it is of course true that approaching the matter of human rights violations from an inter-State perspective, as an issue of State responsibility, as

---

[13] Namely the Genocide Convention (1948), the Convention on the Political Rights of Women (1952), the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (1979), and the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984).

[14] On *Congo v. Rwanda* see note 7 above; on *Georgia v. Russia* see Part 3.2 below.

[15] Cf. B. Simma, "Human Rights and State Responsibility", in A. Reinisch & U. Kriebaum (eds.), *The Law of International Relations—Liber Amicorum for Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International, 2007, 359ff.

is necessarily done in contentious proceedings in the ICJ, does leave out of the picture the individuals that are the actual victims of these violations. Direct access to international justice by these victims is only to be found, if anywhere, before the specialized regional human rights courts.

Further, and turning to a policy consideration, human rights are also a field in which our Court better thread with utmost care. As a generalist court, it ought not only to avoid leveling the quality of the human rights *acquis* reached by the specialized courts just mentioned. In reaching out to human rights, it ought also to remain aware of the relatively weak socio-political basis on which its jurisdiction still rests, despite the growth in popularity that the Court appears to enjoy at present. It is a fact that international human rights are a constant nuisance, and very often a threat, to the holders of political power. Might at least part of its clientele thus not be somewhat unpleasantly surprised if the ICJ, to whose jurisdiction States might have consented with the expectation that what they could possibly become confronted with at The Hague would be inter-State litigation of the traditional kind, began to assume more pronounced features of a human rights court, turning States' insides out? Let me instantly clarify that I do not advocate a return by the ICJ to more respect for those features of sovereignty that have been obstacles in the way of human rights. All I plead for is caution and political sensitivity.

With this in mind, the cup can of course also be regarded as half full. The human rights genie has definitely escaped from the bottle. Since human rights considerations permeate more and more areas of international law, they will continue presenting themselves also before the ICJ. Human rights arguments will also continue to be raised besides—or against—more traditional claims. As exemplified by the *Congo v. Uganda* case and the *Wall* Opinion, the Court might be particularly forthcoming when human rights claims appear in line with and strengthen more traditional argumentation. Thus, The Hague will join, indeed has already joined, Strasbourg, San José and Arusha as a production site of human rights case law. What remains to be answered is the question whether the ICJ could develop a role for itself in the human rights field in which it will not just find itself "besides" the regional human rights courts, but would perform functions that these courts would not be able to fulfill as well as the ICJ.

2.3. *A Specific and Proper Role for the Court*

In my view, the most valuable contribution the ICJ can make to international human rights is what could be called the juridical "mainstreaming" of these rights, in the sense of integrating human rights into the fabric of international law. Thus, the Court can render human rights arguments more acceptable to international law generalists by interpreting and applying human rights norms in what could be called "orthodox" ways, compared for instance to the not-infrequent handling of such norms by UN human rights treaty bodies in a spirit of wishful thinking

rather than by proper legal analysis. Further, the Court can devise solutions for more technical legal problems arising at the interface of human rights and more traditional international law.

In this regard, the ICJ has already made substantial contributions, albeit with different degrees of success (depending on the viewpoint of either human rights-minded or more "statist" observers).[16] It has clarified the nature of obligations deriving from human rights treaties as well as their territorial scope and the relationship between human rights law and international humanitarian law, developed the law of treaties in its application to human rights instruments (particularly with regard to reservations), contributed to the development of a doctrine of positive obligations in the field (obligations of prevention), dealt with the question of attribution to a State of human rights violations by non-State actors, and, last but not least, set priorities between human rights considerations/obligations and other rules of international law—not necessarily to the advantage of human rights claims. A major part of these contributions were made in the recent series of particularly significant human rights cases to which I now turn.

3. The Recent Cluster of Human Rights Case Law

3.1. *Diallo*

First in the series of particularly important human rights cases decided by the ICJ within the last two years is the *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*.[17] Mr. Diallo, a Guinean businessman resident in the DRC for several decades, had there founded two companies of which he was managing director and later on the only shareholder. When in the late 1980s he resorted to the DRC courts to recover alleged debts from other companies and from the Congolese State, Mr. Diallo fell out of grace with the highest DRC authorities: he was arrested in early 1988 and not released until a year later. In October 1995, the Prime Minister of Zaire (as the DRC was then called) issued an expulsion decree against him and, awaiting expulsion, Diallo was again placed in detention, before he was finally deported to Guinea in 1996.

---

[16] For more details and references to the case law of the Court see my contribution to the *Festschrift* for Rüdiger Wolfrum: Simma, "Human Rights", 601ff.

[17] Like all the following decisions, the *Diallo* Judgment on the merits of 30 November 2010 has not yet been published in print in the ICJ Reports, but is available, together with both the written and oral pleadings and the other materials of the litigation on the Court's website: www.icj-cij.org. For pertinent comments, see the case notes by M. Andenas, "ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (Case Note)", *International and Comparative Law Quarterly*, 60, 2011, 810ff., and by E. Bjorge, "ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (Case Note)", *American Journal of International Law*, 105(3), 2011, 534ff.

Diallo's case was brought to the ICJ by Guinea, his State of nationality, in late 1998 in the exercise of diplomatic protection and on the jurisdictional basis of the Statute's Optional Clause, with Guinea claiming that the DRC, by arbitrarily arresting and expelling Mr. Diallo, subjecting him to humiliating and degrading treatment, neglecting his right to information on consular protection,[18] depriving him of the exercise of his rights of ownership and management in respect of the companies he had established in the DRC, preventing him from pursuing recovery of the debts owed to himself and his companies, as well as not paying these debts to him and his companies, had breached international law and therefore owed Guinea full reparation.

Against these claims, the DRC raised preliminary exceptions as to their admissibility which were dealt with in a first Judgment of 24 May 2007.[19] While the Court followed the DRC by declaring inadmissible the protection of Mr. Diallo in respect of the alleged violations of rights of his companies, it admitted the

---

[18] This right had been the subject of two earlier decisions of the ICJ in the *LaGrand* (2001) and *Avena* cases. In the first-mentioned case, Germany had argued that the entitlement of a foreigner to be informed of this right without delay under Article 36(1)(b) of the Vienna Convention on Consular Relations was not only an individual right but had over time assumed the character of a human right proper, akin to an international guarantee of a fair trial. Germany's position reflected the approach that not only the UN General Assembly had adopted already in the 1980s, but that above all the Inter-American Court of Human Rights had followed in an advisory opinion on the question rendered in 1999 upon the request of Latin American countries most strongly affected by the practical application of the death penalty in the United States. In its *LaGrand* Judgment of 2001 (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2001, 466), the Hague Court avoided pronouncing on the issue (and thus taking any stand on a position taken by another international court but remaining controversial between the Parties to the case before it). Having found that the United States had violated the rights accorded by the Convention to the LaGrand brothers as individual rights, it declared that it did not need to examine Germany's additional argument claiming human rights status for these entitlements (*ibid.*, 494). This diffidence did not deter Mexico, in the *Avena* case brought in 2003, to reconfirm the German argument with even greater emphasis and to attach farther-reaching consequences to it, by claiming that the article 36 right "is a fundamental human right that constitutes part of due process in criminal proceedings, [. . .] this right as such is so fundamental that its infringement will *ipso facto* produce the effect of vitiating the entire process of the criminal proceedings conducted in violation of this fundamental right" (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, ICJ Reports 2004, 12, paras. 60ff.). The Court replied first, in confirmation of *LaGrand*, that whether or not the Vienna Convention rights were human rights was a matter that it did not have to decide, and then went on to observe "that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the *travaux préparatoires*, support the conclusion that Mexico draws from its contention in this regard" (*ibid.*, 61). In the *Diallo* case, the Court stated the violation of the Article 36(1)(b) right almost routinely, without attaching any doctrinal reasoning.

[19] ICJ, *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, ICJ Reports 2007, 582.

question of the protection of Mr. Diallo's rights as an individual as well as of his direct rights as member of these companies.

The Judgment of the ICJ dealing with the merits of the case followed on 30 November 2010. The Court threw out what had remained of the original company law claims, that is, the claims based on Mr. Diallo's direct rights connected with his companies. Likewise, it found that the claims regarding Mr. Diallo's first arrest and detention, in 1988/89, had been raised too late in the course of the proceeding. But then the Court turned to the claims relating to the treatment Mr. Diallo had received in violation of his rights as an individual and there it found the 1995/96 detention and expulsion to have been arbitrary and in violation both of the International Covenant on Civil and Political Rights and of the African Charter on Human and Peoples' Rights. Mr. Diallo's rights deriving from Article 36(1)(b) of the Vienna Convention on Consular Relations had been violated as well. In contrast, the ICJ did not consider that the treatment to which Diallo had been subjected during and in connection with his detention had been inhumane or degrading.

What is noteworthy in our context is that, while in Guinea's Application of 1998 allegations of violations by the DRC of obligations arising under Congolese corporate law, elevated to the level of international (economic) law matters by Guinea engaging in diplomatic protection, had enjoyed distinct priority over the claims of violations of Mr. Diallo's personal rights, this strategy underwent a marked change after the ICJ had declared in 2007 that the most important company and shareholders law claims were inadmissible. From now on, the human rights aspects rose like a phoenix from the ashes of the case, if I am allowed this rather unflattering metaphor, and enjoyed equal rank with the rest of Guinea's company law claims, if not priority, in the Parties' pleadings. In the Judgment of the Court, Mr. Diallo's individual rights, now labeled human rights, are all that counts. The ICJ turned to the relevant provisions both in the ICCPR, as the global human rights treaty in question, as well as in the African Charter and found that the conditions of lawful expulsion of aliens and of arrest and detention as secured in both instruments had been violated as a consequence, first, of the neglect of the provisions of Congolese law governing these measures and, in the second instance, through the arbitrary manner in which the measures had been applied to Mr. Diallo. Here, in a marked change of its usual position vis-à-vis the enunciations of other international courts and tribunals, both global and regional (in other words, of total neglect, with the exception of the ICTY in the *Genocide* Case), the Court expressly relied on the jurisprudence of human rights bodies like the ICCPR Human Rights Committee and the African Charter's Commission on Human and Peoples Rights, and found its view of the law of expulsion of aliens consistent also with the interpretation given to it by both the European and the Inter-American Court of Human Rights. In fact, the ICJ went beyond the law and jurisprudence existing at the regional level by extending protection against unlawful expulsion also to matters of substance, i.e., relating to the grounds on

which expulsion might be sought, and not only to procedure.[20] In the view of one observer, "[b]y developing international human rights law in this way, the Court in *Diallo* forcefully staked its claim as an arbiter of human rights to be reckoned with".[21] If I am allowed a sobering statement, I am not sure whether the Court was fully aware of what it was doing to the *lex lata* on the matter.[22]

Another remarkable feature of the *Diallo* Judgment is the way in which the ICJ handled the fact that the case had been brought as a means of diplomatic protection of Mr. Diallo's rights by his State of nationality. What the Court managed to do in this regard was to emancipate the case from the dogmatic straitjacket of diplomatic protection: the Judgment goes on speaking of Diallo's individual human rights as such and does not even try to translate these rights back into rights of Diallo's home State à la *Mavrommatis*; it engages in straightforward assessments of breaches of human rights treaty provisions and, as already noted, in so doing expressly refers to, and follows, the jurisprudence of UN and regional monitoring bodies and courts, without engaging in any of the exercises in coyness that had hitherto marked the Court's relationship with other international courts and tribunals. The only occasion at which an element of diplomatic protection resurfaces is with regard to the question of reparation for the injuries suffered by Diallo: such reparation was to be determined through negotiations between the Parties, for which the Courts set a rather tight deadline of six months.[23] After this period of time had passed without the Parties having reached agreement, the Court took the case back into its hands and, in a Judgment rendered on 19 June 2012,[24] awarded Guinea (rather modest) monetary compensation , not without reminding the Claimant State that the sum awarded in the context of diplomatic protection was intended to provide reparation for the injury suffered by Mr. Diallo himself. Thus, an inter-State mechanism was used by which the affected individual as the bearer of the human rights in question is represented at the diplomatic level by his State of nationality; while the individual is the holder of the rights, the judicial enforcement of these rights remains entrusted to the State (*faute de mieux*, one could say, because in the case at hand, no other, specialized implementation machinery, like an individual communication to a treaty body, was available). I would submit that in so squaring the procedures of diplomatic protection and human rights as direct rights of the individual under international law, the Court in *Diallo* made an important contribution to the reconciliation of

---

20 Bjorge, "*Ahmadou Sadio Diallo* Case (Case Note)", 534ff.

21 *Ibid.*, 540.

22 In their joint Declaration appended to the Judgment (para. 24), Judges Keith and Greenwood stated that, in their view, "the Court's finding about the arbitrary character of [Mr. Diallo's] expulsion is unnecessary, wrong in law and difficult to support on the facts".

23 Para. 164 of the Judgment.

24 Available on the Court's website.

these two areas of the law in a progressive sense, further away from the spirit of *Mavrommatis* and in line with the recent efforts of the ILC.

Thus far the story of Mr. Diallo or, how a case that, when it was first brought and long into the proceedings to which it led, was regarded by many as a case that should not have reached the World Court at all, but rather have been decided within the more modest milieu of investment arbitration, developed into something like a leading case on several issues of great concern to the human rights community.

3.2. *Georgia v. Russia*

The roller-coaster ride continued, however, and within six months the heights of *Diallo* were followed by a decidedly low point in our story. I refer to the case of *Georgia v. Russia*, submitted by Georgia on 12 August 2008,[25] in which the Applicant claimed that the Russian Federation, by actions of its own organs as well as of the *de facto* authorities in South Ossetia and Abkhazia in and around Georgian territory, culminating in the armed conflict in August 2008, had breached the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) of 1965 by subjecting ethnic Georgians to discrimination and not preventing such ethnic discrimination by other participants. Georgia combined its Application with a Request for the indication of provisional measures in order "to preserve [its] rights under CERD to protect its citizens against violent discriminatory acts by Russian armed forces, acting in concert with separatist militia and foreign mercenaries".[26] The Court followed the request and on 15 October 2008 issued an Order spelling out such measures.[27] It accepted a *prima facie* basis for its jurisdiction, saw no territorial limitation to the reach of CERD, was not impressed by the argument of the Respondent that at no moment during the long dispute between the Parties on the status of South Ossetia and Abkhazia had the rights and obligations deriving from CERD been relied upon, and, with regard to the procedural preconditions set up in article 22 of the Convention,[28] found that

---

[25] ICJ, *Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, (Application to be found on the Court's website).

[26] Judgment of the Court on Russia's preliminary objections: ICJ, *Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Judgment of 1 Apr. 2011, ICJ Reports 2011, para. 3.

[27] ICJ, *Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Order of 15 Oct. 2008, ICJ Reports 2008, 353.

[28] "Any dispute between two or more States Parties with respect to the interpretation or application of this Convention, which is not *settled by negotiation* or by the procedures expressly provided for in this Convention, shall, at the request of any of the parties to the dispute, be referred to the International Court of Justice for decision, unless the disputants agree to another mode of settlement", (emphasis added).

issues relating to ethnic discrimination had been raised between the Parties even though CERD had not been specifically mentioned; thus an attempt to initiate discussions on matters that would fall under CERD had been made by Georgia and the respective conventional precondition had thus been fulfilled. Remarkably, the Court's Order was directed at both Parties; it required both of them to refrain from acts of ethnic discrimination, to abstain from sponsoring, supporting or defending discriminatory activities by third parties as well as to ensure compliance by all authorities and institutions under their control with the obligations under CERD. The Order was adopted by a majority of eight votes to seven, which throws a light on the controversial nature of the case.

The proceedings reached their second phase when in 2009 Russia raised four preliminary objections against the jurisdiction of the ICJ. Russia claimed, first, that at the time of Georgia's Application no dispute between the Parties regarding CERD existed; secondly, that the procedural requirements of article 22 of the Convention had not been fulfilled; thirdly, that the Court lacked jurisdiction *ratione loci*, and fourthly, that any jurisdiction the Court might have was limited *ratione temporis* to events occurring after the entry into force of CERD between the two States in 1999.

This time, the majorities on the bench changed. In its Judgment of 1 April 2011,[29] the Court overruled the *prima facie* findings underlying its 2008 Order and declined jurisdiction on the basis of Russia's second preliminary objection (thus not having to rule on the other three). It found that Georgia had fulfilled neither of the two procedural requirements contained in CERD's article 22, with its reasoning focusing almost exclusively on the precondition of negotiation prior to recourse to the Court. The majority of the Court was of the view that between 9 and 12 August 2008 Georgia had not attempted to negotiate CERD-related matters with Russia and that, consequently, the Parties had not engaged in negotiations with respect to Russia's compliance with its substantive obligations under CERD.[30] I was not alone in strongly disagreeing with this decision, participated in a Joint Dissent of four other Judges and in addition wrote a Separate Opinion directed, in essence, against the Court's limitation of all documentary evidence concerning Georgia's attempts at settling the dispute with the Respondent to the period of 9–12 August 2008. This is not the place to return to lost battles, however, and it would also be improper for me to do so. Instead, let me turn the attention of readers to two particular features of the case that deserve to be mentioned in the context of this chapter. On the one hand, this was a case which, like the Balkan *Genocide* cases mentioned earlier, turned exclusively around a particular human rights treaty; within an inter-State, and in this sense purely bilateralist, framework—the Applicant accusing the Respondent of having committed violations

[29] ICJ, *Georgia v. Russia* case, Judgment (see note 26 above).
[30] *Ibid*., para. 182.

of its obligations under CERD—a constellation that repeated itself in the following case of *Belgium v. Senegal* and ought put to rest a view of the legal nature of human rights treaties according to which the States parties to such treaties are condemned to play a role only in something like a juridical side-show, in the (legal) shadow of the individuals as the real recipients of the treaty rights.[31] On the other hand, however, if there ever was an instance of ICJ litigation presenting all the features of a legal *Nebenkriegsschauplatz*, this was the one. The fact that during the long controversy over South Ossetia and Abkhazia, Georgia had never couched the issues in dispute between it and the Russian Federation in terms of CERD and only did so in its August 2008 Application, strongly suggests that the feasibility of a proceedings before the ICJ on this jurisdictional basis was brought to Georgia's attention only after it had decided to fight Russia also on as many juridical fronts as possible.

3.3. *Germany v. Italy*

This case brought to the Court a grim chapter of World War II: severe breaches of international humanitarian law committed by the German Reich in Italy and against Italian nationals, after Italy had changed sides and surrendered to the Allies in 1943. In the part of the country that stayed under their control, German forces committed numerous atrocities. They also deported hundreds of thousands of Italian soldiers to Germany for use as forced labor (the so-called "military internees", IMIs), depriving them of their rights as prisoners of war. The same happened to large numbers of Italian civilians. This is not the place to trace the course of events after the war; suffice it to say that the issue of individual compensation for the victims of the breaches of the laws of war, for reasons more political than legal in nature, became virulent only in recent years, when a number of these victims, respectively their successors in law, instituted proceedings against the Federal Republic of Germany in the Italian courts, claiming that they had not obtained (adequate) compensation for their suffering under respective German legislation. Germany defended itself by claiming jurisdictional immunity also for the acts in question. However, beginning with the *Ferrini* judgment of 2004, the highest Italian court with jurisdiction on the matter, the *Corte di Cassazione*, held in a number of cases that sovereign immunity could not protect Germany from civil responsibility for what the Court called international crimes, and that Italian courts thus did have jurisdiction over the claims for compensation originating from these illegalities.

Preceding these developments in Italy, analogous cases had been brought against Germany in Greece, culminating in 2000 in the *Distomo* judgment of

---

[31] Cf. on this view B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 250, 1994-VI, 364–375.

the Hellenic Supreme Court. When the *Distomo* claimants could not succeed in having the Greek judgments enforced either in their country or in Germany, they took their case to Italy, where the courts, including the *Cassazione*, applied the *Ferrini* jurisprudence and declared the Greek decisions enforceable in Italy. The Greek claimants also managed to enter in the Land Registry of the Province of Como a legal charge against Villa Vigoni, a property of the German State.

At this stage, in December of 2008, Germany brought Italy before the ICJ on the basis of the European Convention of 1957 for the Peaceful Settlement of Disputes, claiming that Italy, by allowing the civil suits just described to go forward, as well as by taking measures against Villa Vigoni and declaring the *Distomo* judgment enforceable in Italy, had breached international law by failing to respect the jurisdictional immunity due to Germany. One year later, in its Counter-Memorial, Italy raised a counterclaim by which it attempted to put the blame, as it were, on Germany, arguing that the Italian victims of the grave violations of international humanitarian law committed by the German Reich during the war who had not obtained compensation from Germany as a consequence of the position taken by the German courts as well as the German legislature, had become subjected to a fundamental denial of justice, and that this, i.e., the issue of individual reparation, was the real matter in dispute to which the Court should turn. In July 2010, the Court declared this counterclaim inadmissible *ratione temporis*. In January of 2011, Greece filed an Application for permission to intervene in the case as a non-party. To the surprise of most observers, the Court authorized Greece to intervene in that capacity, strictly limited, however, to the question of the decisions of the Greek courts declared enforceable in Italy.[32]

Thus far, the procedural set-up of the case. The legal issues before the Court were rather clear-cut: would the ICJ, under the impact of human rights considerations, recognize a development in customary international law allowing domestic courts to deny immunity to a foreign State's sovereign acts if by such acts that State had committed international crimes whose victims have no other recourse or would the Court confirm the old State-centered rules on immunity also under these circumstances?

What was more complicated was the political context of the litigation. Did the arguments put forward by counsel for the Respondent correspond to the Italian Government's true interests? A close look at the political discussion accompanying the development of the case raises doubts in this regard. It could have led an acute observer to find the two involved governments on the same side, in a way—not only Germany being afraid of the consequences of the *Ferrini* jurisprudence, but in a certain sense, also the Italian Government, after a look back at

[32] Notably, in the hearings Greece, unimpressed by the limitation pronounced by the Court, spent the overwhelming part of the time allotted to it dealing with the question of immunity in the face of war crimes as such.

Italy's own record of wartime behavior not just in World War II but also in Libya or Abessinia, seeking to avoid the undesirable consequences of this jurisprudence through resorting to the ICJ as the *ultima ratio* against its own fiercely independent and progressive highest court whose decisions it could not correct.

The peculiar constellation thus described was to be found also beyond the range of the immediately involved. I am not aware of any other case on the docket of the ICJ in which one could identify on one side a view almost unanimously shared by governments in favor of State immunity retaining its traditional scope, confronted on the other by what was again almost a consensus on the part of the voices of civil society, human rights NGOs and the majority of academic observers (also outside of Italy) to the effect that this finally was the case that gave the Court a great opportunity to show its human face, as it were, and develop the law progressively by giving its stamp of approval to the new "human rights exception" championed by Greek and Italian courts.[33]

The Court rendered its Judgment on 3 February 2012.[34] It had a distinctively sobering effect and was seen as a big disappointment by the human rights community. The Court found that, by allowing civil claims to be brought against Germany based on violations of international humanitarian law committed by the German Reich between 1943 and 1945, Italy had violated its obligation to respect Germany's jurisdictional immunity. The Court arrived at the same result with regard to the measures of constraint taken against Villa Vigoni and the treatment by the Italian courts of the Greek judgments against Germany. It added that Italy, by enacting appropriate legislation or by other means of its choosing, has to ensure that the decisions of its courts and those of other judicial authorities infringing Germany's immunity "cease to have effect".[35]

The Court based its decision on the customary international law on State immunity, no conventions on the matter being applicable between the Parties. It clarified that due to the dismissal of Italy' counterclaim, the question of whether Germany had a duty of reparation towards the Italian victims of the crimes in question and whether and to what measure it had complied with that obligation, was not before it for jurisdictional reasons *ratione temporis*; and that in dealing with the merits it would only have to return to that question if it were to find that a failure by a State to (fully) compensate victims "is capable of having an effect, in law" on the existence and scope of that State's jurisdictional immunity before foreign courts.[36] As the Court's examination of the state of international

---

[33] Cf. the Position Paper conveyed to members of the Court by Amnesty International in November 2011—as far as I remember the only document of this nature submitted by an NGO in a contentious case during my nine years at the ICJ.

[34] ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment of 3 Feb. 2012, ICJ Reports 2012.

[35] *Ibid.*, para. 139(4).

[36] *Ibid.*, para. 50.

custom on this matter led to a negative result, the Court ultimately did not have to—indeed would not have had the competence to—delve into the questions of individual rights of war victims to compensation or the existence *vel non* of sufficient grounds for the Italian courts for setting aside Germany's immunity.

The Court thus limited its analysis of the law to the question whether in customary international law there had developed an exception to full immunity for *acta jure imperii*, if these acts consisted of severe breaches of international humanitarian law committed by armed forces in the course of an armed conflict. It arrived at the conclusion that this was not the case and that the established rules on State immunity still stood unchanged. It did so on the basis of an analysis of State, i.e. judicial, governmental, legislative and, with regard to the scope of the territorial tort principle claimed by Italy, also treaty practice.

In view of this unambiguous diagnosis, neither the gravity of the underlying violations, nor the alleged character of the rules violated as *jus cogens*, nor the Respondent's argument that the Italian courts were justified in denying Germany immunity because all other attempts to secure compensation for the victims involved in the Italian proceedings had failed, nor, finally, the combined effect of all these circumstances, could lead the Court to a different result.

Based on mainstream positivist doctrine on the sources of international law and following an inductive method, the Court's analysis of the existence of customary international law on State immunity is thorough and comprehensive, at least compared with the cavalier fashion in which the ICJ uses to deal with unwritten sources of law—in this regard, *Germany v. Italy*, together with *North Sea Continental Shelf*, certainly deserves to become the leading case on the determination of custom.

Further, the decision is another instance of what I would call the ICJ's "yes, but" approach to *jus cogens*: the Court, while accepting that certain rules of international law do have peremptory character, refuses to also accept the legal consequences of this result claimed by the party relying on such rules—in our case the retreat of sovereign immunity.[37]

This is not the place for me to continue the analysis of the ICJ's reasoning, and as a member of the Court participating in the decision, neither am I supposed to do so. While I am writing this article, the first commentaries on the Judgment are appearing, and they do so in great numbers, with most of the observers being critical in their appraisal of the way in which the Court came to terms with the tension between State immunity and human rights (in a wider sense, embracing IHL) characterizing the case. Some of the earliest assessments have been

[37] Cf. the *Congo v. Rwanda* Judgment of 2006 (referred to in note 7), in which the Court accepted that the prohibition of genocide at the basis of the respective Convention of 1948 had the character of *jus cogens*, but that this qualification did not spill over into the jurisdictional part of the Convention and could not invalidate reservations excluding ICJ jurisdiction.

written by what I would call bad losers, but most academic commentary, which had shared the hope of the human rights community that the ICJ might grasp the opportunity to establish itself at the forefront of a progressive jurisprudence prioritizing human rights considerations over cold, sovereignty-centered rules, is also showing considerable disappointment with the Court's strictly positivist approach. With respect, some voices strike me as odd, as, for instance, the view expressed by the commentator on the Judgment in one of the world's most influential international legal periodicals, according to which the ICJ's approach to State immunity "seems based on natural law dogma";[38] "the principal aspects of the Court's reasoning and conclusions are fundamentally flawed";[39] "[t]he result is legally deficient if not morally suspect";[40] and "the Court's failure properly to apply the sources of law prescribed under article 38 of its Statute leaves the bindingness of the judgment on Italy open to doubt. Whether Italian authorities comply is for them to choose, but whether they are obligated to do so is questionable".[41]

A much more measured commentary, pointing to possible future development of the law in question rather than looking back in anger, is that by Benedetto Conforti, the doyen of the Italian school of international law and the author of the most influential textbook of our discipline in the Italian language the premise of which is that it is precisely the task of domestic, rather than international, courts to act as the progressive elements in the development of international law. Professor Conforti's comment on *Germany v. Italy* deserves to be quoted more fully; it goes as follows:

> as implicitly acknowledged by the Court in respect of the immunity of States, it is mainly the domestic Courts which build up the process of forming customary international law [on immunity]. But then, if we want customary law to evolve, we must admit that its formation must be characterized by decisions that conflict with the existing customary law. This is true for any customary norm, but it is even more so on the question of immunity, where the domestic Courts must also take their own legal systems into account, particularly with the limitations that constitutional requirements may pose in order to protect the interests of individuals. For example, one may consider unlawful the behaviour of the Italian and Belgian courts when, in the twenties, by introducing the distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, they innovated the existing practice which was in favour of absolute immunity of the foreign State from civil jurisdiction. And, to continue the example, such an unlawful act lasted for at least forty years, since only after that time did the Courts of the English-speaking world accept the distinction and bring about its consolidation in general international law. In my view, the same thing is happening today in the case

---

38 A. Orakhelashvili, "ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment of 3 Feb. 2012, (Case Note)", *American Journal of International Law*, 106(3), 2012, 612.

39 *Ibid.*, 616.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

> of another innovation, and again at the hands of the domestic Courts, this time with regard to the increasing denial of immunity in respect of the economic aspects of the employment relationship with foreign States [...] If this is true, the game is not over yet in our case. Despite the ruling of the Court on the dispute between Italy and Germany, a judgment valid only for the parties in question, it is quite possible, and highly desirable for reasons of justice, that domestic Courts establish a practice aimed at eliminating immunity for gross violations of norms protecting human rights.[42]

As to the first reactions by Italian courts faced with *Ferrini*-type cases—in a way the "natural recipients" of the ICJ's statement of the law on the matter—, they appear to be free of the overkill characterizing some of the academic comment.[43] At the time of writing, it is still open however, how Italy will be able fulfill the Court's prescription that decisions of its courts infringing Germany's immunity must "cease to have effect" in those cases in which the decisions are already final and thus have the character of *res judicata*.

Taking up the point on judicial policy and *lex ferenda*, for me, the decisive issue on which the hopes of the human rights community were misguided was the expectation that a denial of State immunity before domestic courts could serve as an effective remedy for the victims of State mass crimes of World War II calibre. Thus, an Amnesty International Position Paper submitted to the Court in November 2011 spoke of our case as "an historic opportunity" for the Court to develop the law in this very direction.[44] It is my considered view that exhortations of this kind aimed at an inappropriate and unsuitable target. Time and space available in the present *Festschrift* do not allow me to develop the argument against burdening domestic judges with the task envisaged by "progressive" observers. I am convinced, however, that the juridical "closure", as it were, necessary after humanitarian catastrophes like the one lying at the basis of *Germany v. Italy*, must be accomplished by other means, on the basis of diplomatic negotiations, leading for instance to lump sum settlements (like the ones that took place between the two countries) or to the establishment of mechanisms for the settlement of large numbers of compensation claims like the Mixed Claims Commissions which international practice has long known and successfully used, or, more recently, the UN Compensation Commission created after the Gulf War of 1990/91 and the Iran-United States Claims Tribunal established by the 1981

---

42 B. Conforti, "Two comments on the decision of the ICJ on State immunity, Guest Editorial", *European Society of International Law Newsletter*, vol. 8, Dec. 2012.

43 Thus, on 14 March 2012, the Tribunale di Firenze, in in its judgment in the case of *Manfredi v. Repubblica Federale Tedesca*, after pointing to the contradictory views of the *Corte di Cassazione* and the Hague Court, referred to Italy's obligation under Article 94 of the UN Charter to comply with the decision of the Court—an obligation which by virtue of Article 11 of the Italian Constitution, also "reaches" the Italian judge—and declared the claim to compensation inadmissible (Judgment on file with the author).

44 Cf. the Position Paper conveyed to members of the Court by Amnesty International in November 2011 (see note 33 above), 1.

Algiers Accords. The Judgment shows some awareness of this.[45] Besides, it states expressly that the claims of Italian nationals, military internees as well as civilians, which had allegedly not been settled "could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue",[46] thus referring Italy back to a more suitable way of redressing injury, in which, of course, the question of how Italy had distributed payments received from Germany on the basis of two agreements concluded in 1961 would also be open to investigation.[47]

Let me conclude this brief discussion with a reference to a passage in the Judgment in which the Court notes that, while Germany has taken significant steps to ensure that a measure of compensation was made to Italian victims of war crimes and crimes against humanity, it had decided to exclude from the scope of its national compensation scheme most of the claims by Italian military internees on the ground that, under international law, the German Reich had not been able unilaterally to change the status of these internees from prisoners of war to that of civilian workers (for which compensation was provided by respective legislation in the year 2000). Thus, the military internees had never lost their prisoner-of-war status; their subjection to forced labor under inhumane conditions was of course in breach of international humanitarian law applicable at the time, but these breaches had not lead to individual claims to compensation under that branch of the law. On this basis, the overwhelming majority of requests for compensation lodged by such internees was rejected. The German courts had also followed this line of reasoning.[48] Remarkably, the Court expressed its misgivings about this legal strategy in no uncertain terms. It considered "that it is a matter of surprise—and regret—that Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize, particularly since those victims had thereby been denied the legal protection to which that status entitled them".[49] I am not aware of any other occasion in which the Court found itself compelled to pronounce an admonition of this kind. What it demonstrates is that the Court was conscious of the fact that its decision would leave grave illegalities and human suffering unremedied. As a Court bound to apply the international *lex lata*, it could not change the law. But what it did was to express its dissatisfaction with a specific behavior also on the part of the winner and to point to a way in which remaining injustices could still be remedied.

Finally, let me make two points: with the first one I return to the argument made by Benedetto Conforti in the comment quoted above: personally, I would

---

[45] *Ibid.*, 101ff.
[46] *Ibid.*, para. 104.
[47] Cf. on these treaties, paras. 24ff. of the *Germany v. Italy* case, Judgment of 3 Feb. 2012.
[48] *Ibid.*, para. 26.
[49] *Ibid.*, para. 99.

have considerable sympathy with a development in the jurisprudence of domestic courts in the direction signaled by *Ferrini*, that is, carving out an(other) exception from State immunity for official acts in breach of obligations deriving from norms of *jus cogens*, like grave violations of human rights and international humanitarian law, provided, however, that these violations, as well as the circumstances under which they would be brought before the courts, were not of a nature that would overburden domestic judges and manipulate them for other reasons than the search for justice. As a second point, let me emphasize that the Court's Judgment in *Germany v. Italy* is without relevance for the development of the law on the denial of immunity for State agents from criminal jurisdiction in proceedings involving international crimes.

3.4. *Belgium v. Senegal*

Our roller-coaster ride comes to an end—for the moment—with a case in which the treatment of human rights by the Court reached unprecedented heights, as it were—particularly if compared with the abrupt end of *Georgia v. Russia* and the sobering result of *Germany v. Italy*.

The Application introduced by Belgium against Senegal in February 2009 relating to the obligation to prosecute or extradite[50] appears to me as the most clean-cut, "unpolitical", as it were, human rights case so far brought before the Court. If a full-fledged "droits de l'hommiste"[51] were to express it somewhat colloquially: this is a human rights case which is almost too good to be true. Belgium came to the Court to vindicate its right as a State party to the UN Convention against Torture of 1984 (CAT) as well as under customary international law to see that Mr. Hissène Habré, the former dictator in Chad and alleged perpetrator of acts of torture and other crimes during his violent reign in the 1980s, for a long time having been present in Senegal, would either be prosecuted by Senegal, also a party to CAT, or, failing such prosecution, would be extradited to Belgium—in other words, that Senegal fulfill the obligation of *aut dedere aut judicare* it owed to Belgium. Belgium claimed that this obligation had been violated by the Respondent's handling of the respective CAT obligations. As to the basis for standing in the case, the Applicant did not frame its request in terms of diplomatic protection of Belgian nationals except very marginally. While the Application mentioned that at the domestic level, the case was triggered by complaints to the Belgian courts made, among others, by a Belgian national of Chadian origin and taken up by

---

50 ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, (Application to be found on the Court's website).

51 In the sense coined by my friend Alain Pellet; cf. "Droits de l'hommisme et droit international", Gilberto Amado Lecture held on 18 July 2000 at the United Nations, Geneva; English Translation: "Human Rightism and International Law", *Italian Yearbook of International Law*, 10, 2000, 3ff.

the Belgian judiciary in the exercise of the passive personality principle,[52] this link retreated to the background in Belgium's further pleadings. Instead, Belgium attempted to base its *locus standi*, first, on its specific position as the particular party to CAT which had (in the pursuit of the passive personality principle just mentioned) set into motion vis-à-vis Senegal the inter-State procedures embodied in the Convention designed to prevent impunity through the operation of the principle *aut punire aut dedere* and had thus acquired a special interest in Mr. Habré being brought to justice, if necessary in Belgium. Secondly, Belgium referred to the nature of the rights and obligations embodied in CAT to the effect that this treaty gives any State party the legal right to see to it that any other State party fulfill the obligation correlative to this right, that is in our context, the obligation to either prosecute or extradite. Belgium regarded this obligation as arising *erga omnes partes* to the Convention. It thus based itself on an exclusively inter-State construction of CAT, which, by the way, perfectly fits the structure of the Convention itself: CAT contains nothing but a set of obligations for its States parties and nowhere mentions the premise of these duties, namely the individual human right to be free from torture; rather, the Convention presupposes the prohibition of torture as enunciated in other human rights treaties, above all the ICCPR, as well as anchored in rules of general international law *juris cogentis*. Significantly, Senegal appeared to agree with Belgium's view of the situation in conventional as well as customary international law. Again, what we have before us here is an understanding of the rights and obligations arising for States parties to human rights conventions that does not focus on lofty constructs of "objective" obligations under such treaties, but retains the emphasis on mutually-bound States parties and their responsibility to keep the treaties alive.

It also deserves to be mentioned that *Belgium v. Senegal* was the first instance in which a remarkably progressive construct introduced by the UN International Law Commission (ILC) in its Articles on State responsibility of 2001, namely the possibility of invocation of such responsibility also by "States other than injured States",[53] was put to use before the ICJ: presenting the double basis of its standing in terms of State responsibility, Belgium not only claimed that it was an injured State within the meaning of ILC article 42 due to its special interest in the prosecution of Mr. Habré, but also put forward, as a sort of fall-back position, that it had *locus standi* also as a State other than an injured State in the sense of article 48.[54]

---

[52] ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Application instituting Proceedings, 16 Feb. 2009, para. 3.

[53] On this concept, cf. my contribution to the Festschrift for Hanspeter Neuhold (note 15).

[54] Response of Belgium to a question put by Judge Cançado Trindade at the end of the public sitting of 8 April 2009, Doc. BS 2009/15 (15 April 2009), at 4 (on file with the author).

Immediately after the filing of its Application, Belgium had also requested the Court to indicate provisional measures requiring Senegal to keep Mr. Habré under its control and surveillance during the proceedings. After Senegal's Agent had made a promise in this regard, the Court did not find it necessary to take this step.[55]

The Court rendered its Judgment on 20 July 2012.[56] While it found that it had no jurisdiction to entertain claims of violations of customary international law committed by the Respondent,[57] it concluded (by an overwhelming majority of votes) that the Belgian claims based on articles 6(2) and 7(1) of CAT were admissible and that Senegal had breached its obligations under these two provisions by failing to make immediately a preliminary enquiry into the facts relating to the crimes allegedly committed by Mr. Habré and to submit his case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

From the perspective of international human rights law, two aspects of the Judgment deserve particular attention. The first is its position on the matter of Belgium's standing, conceived as a question of admissibility. The Court avoided any discussion of the first, and more contentious, limb of Belgium's reasoning in favor of *locus standi*, that is, a basis derived from nationality, passive personality and Belgium's particular position as a State which, on the basis of these two links, had requested Senegal to either prosecute or extradite. Thus, the Judgment did not take a stand on the ILC's Articles on invocation of State responsibility (but cf. the reasoning below). Instead, the Court resorted to the arguments put forward by the Applicant on the particular nature of the obligations of CAT and considered "whether being a party to the Convention is sufficient for a State to be entitled to bring a claim to the Court concerning the cessation of alleged violations by another State party of its obligations under that instrument."

The Court answered this question with a resounding "yes". Its reasoning deserves to be quoted in full:

> 68. As stated in its Preamble, the object and purpose of the Convention is 'to make more effective the struggle against torture [...] throughout the world'. The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. The obligations of a State party to conduct a preliminary inquiry into the facts and to submit the case to its competent authorities for prosecution are triggered by the presence of the alleged offender in its territory, regardless of the

---

55 ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures*, Order of 28 May 2009, ICJ Reports 2009, 139.

56 ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, 20 July 2012, ICJ Reports 2012.

57 According to the Separate Opinion of Judge Abraham (paras. 6ff.), the Court should have accepted jurisdiction on this matter and then have refused to accept the existence of a duty under customary international law to make use of the principle of universal criminal jurisdiction in the way done by Belgium.

> nationality of the offender or the victims, or of the place where the alleged offences occurred. All the other States parties have a common interest in compliance with these obligations by the State in whose territory the alleged offender is present. That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties 'have a legal interest' in the protection of the rights involved (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as 'obligations *erga omnes partes*' in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case. In this respect, the relevant provisions of the Convention against Torture are similar to those of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, with regard to which the Court observed that: 'In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the Convention.' (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23.)
>
> 69. The common interest in compliance with the relevant obligations under the Convention against Torture implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party. If a special interest were required for that purpose, in many cases no State would be in the position to make such a claim. It follows that any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes*, such as those under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the Convention, and to bring that failure to an end.
>
> 70. For these reasons, the Court concludes that Belgium, as a State party to the Convention against Torture, has standing to invoke the responsibility of Senegal for the alleged breaches of its obligations under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the Convention in the present proceedings. Therefore, the claims of Belgium based on these provisions are admissible.

In view of this finding, the Court saw no need to deal with the question of Belgium's special interest in compliance with the CAT obligations by Senegal and the consequences of this particular position of the Applicant for its standing and the measures available to it to have Senegal return to performance of CAT obligations. On the other hand, what the Court does accept as the basis for Belgium's entitlement to bring Senegal before the ICJ lets the Applicant appear as a perfect example of a State "other than an injured State" within the meaning of the ILC's 2001 article 48(1)(a), according to which such a State is "entitled to invoke the responsibility of another State [...] if [...] [t]he obligation breached is owed to a group of States including that State and is established for the protection of a collective interest of the group."

If we take a step back and assess this part of the Judgment as to its added value for the development of human rights doctrine by the Court, a distinction between an abstract and a concrete evaluation appears in place. Viewed in the abstract, the verdict is decidedly positive. Following the lead of the ILC's 2001 broadening of the range of States entitled to invocation of responsibility and developing this

entitlement into a *jus standi* before the Court, as well as by letting the concept of treaty obligations *erga omnes partes* share the dignity of that of obligations *erga omnes* in the sense of *Barcelona Traction*, the Judgment's paragraphs 68–70 recognize the particular status of human rights treaties and provide them with sharper teeth, so to speak. Regarding the concrete circumstances of the case, however, while the Court's option for the *erga omnes partes* solution as a matter of admissibility allowed it to avoid having to answer certain more difficult and disputed questions which would have posed themselves if it had (also) taken up the issue of the legal effect of the special interest claimed by Belgium, this stand deprived Belgium of its particular position (in ILC terms: of its quality as an injured State within the meaning of art. 42) and reduced its status to that of just one State party to CAT among the *omnes*, with a corresponding limitation of the legal remedies at its disposal.[58] But again, in the case at hand, this negative side effect played no role because the Court dealt with admissibility and the merits in one and the same phase of the proceedings.[59]

The second feature of the Judgment to which I want to draw attention is to be found in the context of the ICJ's treatment of the temporal scope of the Convention, relating to the application of CAT's provisions in question.[60] The Court determined that Senegal's obligation to prosecute commenced with CAT's entry into force for Senegal in 1987 and that Belgium on its part, was entitled to invoke the Respondent's responsibility and request the ICJ to rule on Senegal's compliance with effect from 1999, i.e., when it became a party to the Convention. There appears to be nothing remarkable about these findings—above all, the

---

[58] Cf. art. 48(2) of the ILC's Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/56/10, *Yearbook of the International Law Commission*, II(2), 2001; see also the Declaration of Judge Owada (regarding the Judgment in *Belgium v. Senegal*), paras. 15ff. Judges Skotnikov and Xue attack the majority's *erga omnes partes* concept and the conclusions drawn from it in favour of a *jus standi* for the *omnes* in more fundamental ways (cf. Separate Opinion of Judge Skotnikov, *passim*; Dissenting Opinion of Judge Xue, paras. 2ff.). However, their argument that the permissibility of reservations to CAT and the optional nature of the inter-State communications procedure contained in CAT art. 21 prove that the States parties to the Convention did not intend to create treaty obligations *erga omnes partes*, does not seem correct. As a very general observation, human rights treaties share the *erga omnes partes* nature of obligations diagnosed by the ICJ in *Belgium v. Senegal*, while reservations particularly to human rights treaties abound; what is called for here is a regime custom-made for them. More particularly, concerning the optional character of CAT's art. 21, I share the view expressed by Judge Donoghue in her Declaration, that here we have to do with two different matters, paras. 16ff. Again, several human rights treaties' dispute settlement mechanisms are characterized by such flexibility. Procedural provisions in such treaties cannot detract from the *erga omnes partes* character of substantive obligations.

[59] ICJ, *Belgium v. Senegal*, Judgment, Declaration of Judge Donoghue, para. 15.

[60] ICJ, *Belgium v. Senegal*, Judgment, paras. 96ff.

Court does not furnish the obligations of CAT with the mysteriously "objective" character recognized for the European Convention of Human Rights in the (old) Strasbourg Commission's *Pfunders* Decision of 1961[61] and since then accepted as an unquestioned mantra in the mainstream literature on human rights. However, then, in the middle of the discussion on the scope *ratione temporis* of these obligations, in paragraph 99 of the Judgment, the Court, rather abruptly, states as follows:

> In the Court's opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*).
>
> That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) and it has been introduced into the domestic law of almost all States; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora.

Such recognition by the ICJ of the customary and peremptory status of the prohibition of torture at the basis of CAT is to be welcomed. With it, the Court has confirmed what the ICTY had found the law to be in its *Furundzija* Decision of 14 years ago.[62] On the other hand, the Court's explanation of the anchoring of the prohibition of torture in customary international law is cursory, to put it mildly, and compares unfavorably with the thorough analysis of the elements of the customary norms on State immunity made by the Court in the *Germany v. Italy* Judgment only half a year earlier. Not a word is lost on the reasons etc. of the prohibition's *jus cogens* nature or on the particular problems of determining the pedigree of human rights obligations deriving from non-treaty based sources.[63] But of course we have not been spoiled by the Court in this regard and thus any judicial acknowledgment of the existence of *jus cogens*, however summary, is a welcome sign of the ICJ finally ridding itself of its blinders vis-à-vis progressive elements in international law.

If I may be allowed to make what some might regard as a *risqué* observation: would we be totally off the mark in seeing a certain parallel here with *Barcelona*

---

[61] European Commission of Human Rights, *Decision of the European Commission of Human Rights on the Admissibility of Application No. 788/60 lodged by the Government of the Federal Republic of Austria against the Government of the Republic of Italy*, 11 Jan. 1961; cf. Simma, "From Bilateralism to Community Interest", 364ff.

[62] ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment of 10 December 1998 [at the 50th anniversary of the Universal Declaration!], particularly paras. 147ff.

[63] Cf. for instance, B. Simma & Ph. Alston, "The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles", *Australian Yearbook of International Law* 12, 1992, 82ff.

Traction as a "left turn" following the Court's 1966 *South West Africa* Judgment—some, maybe unconscious, attempt to mitigate the disappointment to the "*droits-de-l'hommistes*" caused by *Germany v. Italy* by what could be called a (slightly simplistic) turn in favor of human rights dogmas in *Belgium v. Senegal*?

4. Concluding Remark

Towards the end of his magisterial General Course at the Hague Academy of International Law offered in 2000,[64] Pierre-Marie explains that despite the more recent emergence of an impressive number of international courts and tribunals, we still have a long way to go before we will be in presence of a truly unified and organic system of international justice. At this incomplete stage, for him the ICJ has an important role to play: "Sans qu'on oublie pour autant ses contraintes étroites, c'est dans un tel context qu'on soulignait la responsabilité morale qui pourrait être exercée du moins lorsque l'occasion s'en présente, par la Cour internationale de Justice."[65]

In the field of human rights, I have tried to show that the role of the Court ought to be a modest one; less that of a progressive innovator and impulse-giver—functions for which the specialized regional human rights courts and global treaty bodies are better equipped—and more that of a guardian entrusted with assuring that international human rights law remain firmly "embedded" in general international law. In this regard, the Court has already made quite substantial contributions, due particularly to a recent sequence of cases which gave it the opportunity both to provide human rights with a more solid grounding in the general law and to indicate their place (as well as their limits) in the international legal system.

---

[64] P.-M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international: Cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 9ff.

[65] *Ibid.*, 485ff.

CHAPITRE TRENTE-QUATRE

LE VIDE OU LE TROP PLEIN : LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, VINGT ANS APRÈS LA CONFÉRENCE MONDIALE DE VIENNE

Emmanuel Decaux*

Il est facile et agréable de rendre hommage à Pierre-Marie Dupuy qui se distingue parmi les internationalistes français comme un champion olympique « toutes catégories ». Théoricien, avec le doublé que constituent un manuel de référence sans cesse réédité, à la fois accessible et savant, et un très beau cours général à l'Académie de la Haye, c'est déjà un combiné assez rare, mais il faut évoquer tout autant le praticien tout terrain, comme conseil et comme arbitre. C'est d'ailleurs en marge de l'affaire *Tunisie c. Libye* que j'ai appris à mieux connaître Pierre-Marie Dupuy qui m'avait exposé de manière lumineuse les enjeux d'un arrêt que j'avais à commenter pour l'Annuaire Français de Droit International (AFDI). Depuis lors nos chemins n'ont cessé de se croiser, de colloques en jurys, avec pour seul regret qu'il se soit éloigné de la place du Panthéon, au moment même où j'y arrivais, grâce à lui, pour une grande part ! Mais enseigner à Florence et à Genève, pour ce brillant polyglotte, ce n'est pas quitter l'Université et Pierre-Marie Dupuy est resté avant tout un grand professeur, sachant à l'instar de Paul Reuter ou de Michel Virally, tirer de la pratique contentieuse des réflexions neuves et des synthèses nuancées. On retrouve chez lui le même humanisme, ancré dans la construction de l'Europe et la réconciliation franco-allemande.

Devant la richesse des centres d'intérêts et des facettes de la personnalité de Pierre-Marie Dupuy, il est plus difficile de trouver un thème approprié. Réconciliant le positivisme juridique et le libéralisme intellectuel, son œuvre fait toute leur place aux droits de l'homme, récusant ce que Georges Scelle appelait le « *droit négatif* ». C'est une occasion pour s'interroger sur la place du droit international des droits de l'homme, 20 ans après la Conférence mondiale des droits de l'homme, ouverte en 1993 par un superbe discours de Boutros Boutros-Ghali.

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, président du Comité des disparitions forcées.

Les droits de l'homme semblent aujourd'hui aller de soi. A moins de défendre une conception inégalitaire de la société, fondée sur la force et l'injustice, comment ne pas reconnaître le primat de l'égalité juridique entre tous les êtres humains, « *sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* », selon les termes mêmes de la Charte de 1945. Le contre-modèle serait le droit international de Carl Schmitt, qui derrière la territorialité exacerbée jusqu'à la conquête de l'espace vital, ne dénonce la « justice des vainqueurs » que par nostalgie du *Vae Victis*, du droit du plus fort et de l'injustice des vainqueurs. Mais cette évidence moderne des droits de l'homme, inhérents à la dignité humaine et à la paix internationale, à « *l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations grandes et petites* », dans une logique kantienne qui imprègne le préambule de la Charte, est à double tranchant. On a tôt fait de dénoncer une « *pensée unique* », totalitaire comme tous les systèmes, imposant le « *politiquement correct* » à défaut d'une libre discussion, sans idées préconçues ni tabous. Encore faut-il savoir si c'est l'idéologie des droits de l'homme qui est en cause, et l'usage qui en est fait non sans récupérations parfois, ou la nature même des droits de l'homme.

1. Les droits de l'homme en question

La polémique sur le « *droit-de-l'hommisme* » est un faux débat, ou plutôt un problème mal posé, qui mêle politique et culture, droit et diplomatie[1]. A l'origine de la formule, Alain Pellet l'a évoqué dans le contexte de la fragmentation du droit international, mais elle a été généralisée dans un tout autre sens, pour évoquer une sorte d'impérialisme culturel des démocraties occidentales, donneuses de leçons et promptes à remettre en cause la souveraineté des Etats au nom d'un prétendu « droit d'ingérence »[2]. Avec grand talent, Hubert Védrine s'est fait l'avocat de cette thèse, voyant dans les organisations non-gouvernementales (ONG) tantôt des sectes, tantôt des multinationales, servi il est vrai par les dérives du « sans-frontiérisme » incarné par Bernard Kouchner, sans parler de philosophes prompts à la mobilisation générale, sans beaucoup d'égard pour les dommages collatéraux. Mais un débat peut en cacher un autre.

---

[1] Ce débat a été introduit par ses protagonistes, Alain Pellet et Gérard Cohen-Jonathan dans le no. 1 de la revue électronique *Droits fondamentaux, 2000*. Mais il existait depuis longtemps en France, une doctrine privatiste importante pour dénoncer l'abus des « droits subjectifs » : M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008 ; J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V° République*, Paris, Flammarion, 1996.

[2] La meilleure référence théorique reste Mario Bettati, *Le droit d'ingérence*, Paris, Odile Jacob, 1996.

1.1. *Les enjeux politiques*

Or cette polémique très française néglige le fait que les droits de l'homme sont devenus une composante essentielle de la diplomatie internationale, même si une diplomatie des droits de l'homme ne peut être la seule priorité en matière de politique étrangère. Ils constituent à ce titre un élément de la « *realpolitik* » et non un simple idéalisme, sans prise en compte des réalités et sans influence sur les rapports de force. Si « *la guerre est la politique continué par d'autres moyens* », selon Clausewitz, il est bien évident que les droits de l'homme sont trop souvent un prétexte à l'intervention des Etats, alors que la « politique de la carotte et du bâton » offre toute une gamme d'instruments plus efficaces pour promouvoir les droits de l'homme, à travers la coopération internationale et l'assistance technique mais également, si nécessaire la diplomatie de la parole – le fameux *naming and shaming* – assortie de mesures concrètes et de sanctions juridiques[3]. Depuis longtemps le Département d'Etat américain publie un rapport annuel sur les droits de l'homme et le *Foreign Office* britannique fait de même, tout comme les institutions européennes. Le Conseil de l'Union européenne vient tout récemment de mettre au point un cadre stratégique et un plan d'action sur les droits de l'homme et la démocratie[4].

Dans une stratégie d'influence, fondée sur le *soft power*, les droits de l'homme ont toute leur place, à condition de faire preuve de discernement, de cohérence et de continuité. Sur ce terrain, moins encore qu'ailleurs, les provocations, les foucades et les coups de bluff, ne sont rentables. C'est en donnant l'exemple, avec un modèle culturel attractif et une société civile vibrante, et non en faisant la leçon, que les démocraties sont fortes. A cet égard la crise porte un coup au rayonnement du « modèle » européen, plaçant nos Etats sous la dépendance des grands bailleurs de fond et des producteurs de matières premières.

Tout aussi symptomatique est l'accent mis sur les droits de l'homme par certaines diplomaties, de moins en moins sur la « défensive », comme la Russie qui ne se contente plus de chercher à échapper aux critiques internationales en s'imposant comme une « grande démocratie », et n'hésite pas à multiplier les provocations, non seulement en tentant de museler les ONG nationales et internationales ou les centres culturels sur son territoire, mais en préconisant des réformes radicales du système de protection internationale des droits de l'homme, en mettant en cause l'indépendance des experts et des membres des organes

---

[3] Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), *Diplomatie et droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 2008. Cf. aussi *La France et l'Europe dans le monde (livre blanc sur la politique étrangère et européenne de la France 2008-2020)*, sous la présidence d'Alain Juppé et Louis Schweitzer, Paris, La Documentation française, 2008, notamment 77.

[4] Conseil de l'Union européenne, *EU Strategic Framework and Action Plan on HR and Democracy, 11855/12*, Luxembourg, 25 juin 2012.

conventionnels[5]. La crispation sur « l'étranger proche », avec la guerre en Géorgie d'août 2008, et le soutien indéfectible à la Syrie, marquent les limites des avancées faites par la Russie dans les années 90 sur terrain des droits de l'homme, dans le sillage de la Charte de Paris pour une nouvelle Europe de 1990 et de la Déclaration et programme d'action de Vienne de 1993, au prix du blocage des instances politiques de l'OSCE ou de l'ONU.

La situation des autres BRICS, tentés par la neutralité, comme l'Afrique du Sud, le Brésil et l'Inde, alors même que leur bilan interne est souvent remarquable, traduit à sa manière la place des droits de l'homme dans les relations internationales[6]. La défense systématique des *rogue States*, les contrats pétroliers et les ventes d'armes trouvent vite leurs limites face aux révoltes des peuples opprimés, désireux de mettre fin à des régimes policiers, autoritaires et corrompus. A cet égard, la priorité donnée par la Chine aux réformes internes, y compris à la construction d'un Etat de droit et à la lutte contre la corruption, traduit aussi la prise de conscience que l'économie du pays, pleinement intégré au système global de l'OMC, est en avance, alors que son système politique est en retard. La ratification par la Chine du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui fait l'objet depuis des années, d'un dialogue politique avec l'Union européenne, reste un test essentiel.

Au nom du principe de « non-ingérence » dans les affaires internes des Etats, on ferme les yeux sur les violations massives des droits de l'homme, confondant le refus des interventions militaires, en dehors du cadre des Nations Unies, et l'expression d'une « légitime préoccupation » de chacun des membres de la communauté internationale. C'est négliger l'universalité de l'aspiration à la liberté et à la dignité, chez tous les peuples du monde, c'est sans doute passer à côté de l'Histoire, alors même que l'ordre international mis en place par la Charte des Nations Unies depuis 1945, après avoir contribué au mouvement de libération des peuples marqué par la décolonisation, associe désormais les trois piliers de la paix, du développement et des droits de l'homme, comme l'a souligné Kofi Annan dans son rapport à l'occasion du 60ème anniversaire des Nations Unies[7].

Les droits de l'homme sont en effet devenus une partie intégrante du droit international public, au carrefour des différents ordres juridiques nationaux

---

[5] Cf. notamment la lettre de l'ambassadeur Churkin du 25 septembre 2012, A/67/390.

[6] Sur l'émergence de cette nouvelle configuration diplomatique (Brésil-Russie-Inde-Chine, voire BRICS avec l'Afrique du Sud), P. Casella, *BRIC à l'heure d'un nouvel ordre juridique international*, Paris, Pedone, 2011.

[7] Assemblée Générale des Nations Unies (AGNU), *Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous*, UN Doc. A/59/2005, 24 mars 2005 avec la note explicative A/59/2005/Add.1. Ce rapport, qui avait lui-même été précédé par celui d'un *groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et les changements*, UN Doc. A/59/565, 2 déc. 2004, devait déboucher sur le Document final du Sommet mondial de 2005, UN Doc. A/RES/60/1.

et régionaux, et à ce titre, ils contribuent largement à la dynamique du droit contemporain, fondé sur les notions indissociables d'Etat de droit, de démocratie et de droits de l'homme. Autrement dit, les droits de l'homme ne sont pas un domaine périphérique, bardé de règles atypiques ou dérogatoires au sein du système international, ils sont au cœur de l'ordre public international mis en place en 1945, au service de la sécurité juridique et de la paix internationale.

Il ne s'agit pas de renier la souveraineté, et la place centrale de l'égalité souveraine des Etats dans le droit international moderne, mais d'enrichir la souveraineté internationale de la prise en compte de la souveraineté 'interne', c'est-à-dire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui est le premier des droits de l'homme proclamé par les deux Pactes internationaux de 1966. La souveraineté ne saurait être un écran ou un carcan, elle est le cadre naturel de la construction d'un Etat de droit et de la garantie des droits de l'homme, mais cela n'ôte rien à l'obligation des Etats de renforcer la protection des droits de l'homme par le biais de la coopération internationale, entre eux d'abord, mais aussi avec les organisations internationales, à commencer par les Nations Unies, en vertu de la Charte de 1945[8].

Les droits de l'homme ne sont plus seulement « *un idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations* », comme le dit le préambule de la Déclaration universelle, ni une utopie, ils constituent désormais un droit commun pour tous les peuples et toutes les nations. Ils appartiennent au droit international positif à l'échelle universelle, liant tous les Etats membres des Nations Unies du fait même de leur appartenance à cette organisation, en tant qu' « *Etats pacifiques qui acceptent les obligations de la Charte* » (art. 4). Au-delà du cercle des Etats, c'est toute la communauté internationale qui est concernée, notamment les individus, devenus pleinement sujets du droit international.

1.2. *Les enjeux culturels*

A défaut de pouvoir nier cette dimension juridique, certains ne veulent y voir qu'une forme de domination culturelle. Certes le droit lui-même est un phénomène culturel, qui s'inscrit dans une dynamique accélérée de mondialisation, fait d'internationalisation mais aussi d'influence mutuelle, de *cross-fertilization*, entre les systèmes juridiques. A ce titre, aucun héritage n'est intégral ou complet et ce qui caractérise le droit international des droits de l'homme c'est la multiplicité des apports, au point que les Français y voient la domination d'un droit anglo-saxon, face à la perfection de la codification – « *on ne fait plus la loi*

---

[8] Cette préoccupation est apparue dès 1993 sous la plume de Boutros Boutros-Ghali, à l'occasion de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme. Cf. son discours d'ouverture, UN Doc. A/COINF.157/22, in *Les Nations Unies et les droits de l'homme (1945-1995)*, vol. 7, New York/Genève, Nations Unies, (coll. Livres bleus des Nations Unies), 1995.

chez soi » – et les Anglais la menace d'un « droit continental », au détriment de la souveraineté parlementaire. C'est précisément la rencontre des principes généraux et des garanties effectives, des idées abstraites et des mesures concrètes, qui fait l'originalité du droit des droits de l'homme. Mais dira-t-on, qu'il s'agisse de la tradition de l'*habeas corpus* ou de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, c'est toujours un héritage occidental.

Les considérations sur l'origine de la géométrie ou de l'algèbre ne remettent pas en cause la validité des mathématiques. Il devrait en être de même du droit, d'autant plus facilement que la doctrine distingue les sources matérielles et les sources formelles du droit. Si l'on recherche les origines matérielles des droits de l'homme, on peut avoir une vision œcuménique, de nature philosophique plus qu'historique, cherchant dans toutes les civilisations et dans toutes les cultures, des témoignages de l'impératif de liberté, d'égalité et de dignité, comme l'a fait Jeanne Hersch dans sa belle anthologie de l'UNESCO[9]. Mais on peut aussi adopter une vision hégémonique, en mettant l'accent sur un « patrimoine culturel » ou une filiation historique, comme lorsque certains font de René Cassin « le père de la Déclaration universelle » dans le droit fil de l'idéal de 1789 régénéré par la France libre. Sans nier tout ce qui dans l'histoire nous oblige, faire de la France « la patrie des droits de l'homme » est réducteur[10]. Il en irait de même de l'invocation d'un « modèle européen » ou d'une « héritage judéo-chrétien »[11]. Comme les grandes inventions, les droits de l'homme appartiennent à tous. C'est au nom d'un humanisme abstrait que la Révolution française a proclamée les droits de l'homme « pour tous les temps et tous les lieux », bien loin d'une philosophie territorialisée fondée sur une « société fermée ».

L'idée que les droits de l'homme sont consubstantiels à la pensée occidentale reste d'ailleurs une arme à double tranchant. L'histoire de la liberté a connu bien des traverses, jusqu'aux grandes dictatures du XX^e^ siècle, comme en témoignèrent à leur manière Edgar Quinet et Benedetto Croce, en des temps où croire à la liberté pouvait sembler héroïque. Nombre de théoriciens contre-révolutionnaires, depuis Burke et Joseph de Maistre ont dénoncé la philosophie des lumières et la Déclaration de 1789. Le marxisme lui-même n'y a vu qu'une superstructure, traduisant les intérêts de classe de la bourgeoisie européenne. Mais ces idées européennes, trahies ou contestées sur le continent, ont fait leur chemin à travers le monde, se retournant parfois contre leurs propagateurs. Cela a été le cas dès la Révolution française, lorsque l'armée de Napoléon a voulu apporter la liberté

---

[9] J. Hersch, *Le droit d'être un homme, anthologie mondiale de la liberté*, Paris, UNESCO, 1968, ed. Lattès, 1984.

[10] E. Decaux, « La patrie des droits de l'homme », in *Frontières du droit, critiques des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007.

[11] E. Decaux, « Héritage religieux et droits de l'homme (A propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) », in *Mélanges Silvio Marcus-Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

à l'Europe et faire le bonheur des peuples malgré eux. Cela a été le cas également de la Grande-Bretagne qui, non sans « égoïsme sacré », a pu faire coexister régime parlementaire et domination impériale. Et à l'image d'Athènes, les Etats-Unis eux-mêmes sont vite devenus une « République impériale ».

Les droits de l'homme, dans leurs dimensions individuelle et universelle, valent pour tous les êtres humains, récusant à l'avance tous les « doubles standards ». Le fait que les Etats occidentaux ne soient pas toujours à la hauteur de leur idéal n'enlève rien à la validité des principes qui fondent les droits de l'homme. La force de ces principes est précisément d'intégrer de manière dialectique tous les courants et tous les apports, non seulement les libertés publiques fondement de l'Etat de droit et de la sureté personnelle, mais les droits sociaux qui sont à la base de l'Etat providence et de la sécurité sociale. La distinction marxiste entre libertés formelles et droits réels n'est-elle pas enrichie et dépassée par le développement d'obligations positives à côté d'obligations négatives, et surtout par la responsabilité de protéger, de respecter et de mettre en œuvre les droits de l'homme ? Tout le défi des droits de l'homme est désormais dans leur application et leur effectivité.

A la fondation des Nations Unies en 1945, comme à l'origine de la Déclaration universelle de 1948, il n'y a pas seulement les Etats occidentaux. Certes les Etats-Unis et la France ont joué un rôle certain, comme d'autres Etats alliés, mais les « ex-ennemis » étaient absents, à commencer par l'Allemagne, tandis que les Etats socialistes, avec l'URSS, ou les grands Etats du Tiers monde étaient très actifs. Quant aux Etats qui ont adhéré ultérieurement, notamment les pays issus de la décolonisation, ils ont fait leurs les principes et les buts de l'organisation.

Même si l'on écarte l'argument historique, fondé sur une simple chronologie des droits de l'homme, l'argument culturel, diachronique celui-là, tend à opposer les peuples et les Etats. Certes les droits de l'homme engagent les Etats, ces institutions nées tout comme le droit de la culture occidentale, mais ils ne répondraient pas aux valeurs profondes des sociétés non-occidentales. Les experts venus de l'Est ou du Sud qui ont participé à l'élaboration de la Déclaration universelle auraient été « acculturés », Charles Malick ayant fait sa thèse de philosophie à Heidelberg, Peng-chun Chang la sienne à Chicago, avec Dewey… Bien plus, le patriarche de Moscou viendra dire à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe que les « valeurs morales » de l'orthodoxie, qui n'étaient pas représentées par le régime soviétique n'avaient pas été prises en compte dans les grands textes de référence. Depuis lors la Russie tente d'opposer les « valeurs traditionnelles » aux droits de l'homme, malgré les résistances du Comité consultatif des droits de l'homme qui a mis en avant l'égalité des femmes et des hommes face aux « pratiques traditionnelles »[12].

---

[12] A la suite de l'excellente étude du Comité consultatif (UN Doc. A/HRC/AC/9/6, 14 août 2012), une résolution (*Promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales par une meilleure compréhension des valeurs traditionnelles de l'humanité: meilleures*

Il y a une part de vrai dans cette interrogation lorsqu'elle oppose des sociétés fondées sur la liberté individuelle, et des sociétés holistiques, caractérisées par la primauté du groupe. C'est tout le sens de la problématique de l'identité collective des « peuples autochtones » qui peut être menacée par l'anonymat du monde moderne, comme l'a bien montré Claude Lévi-Strauss[13]. Le lien entre les communautés humaines et leur milieu naturel est également une composante très forte de l'identité culturelle des peuples autochtones, même si consacrer à l'échelle universelle les droits de la « mère terre » comme le préconise aujourd'hui le gouvernement de Bolivie serait sans doute une sorte de régression folkloriste et de dérive sectaire, dans un culte collectif mêlant écologie et paganisme[14]. Mais la recherche d'un développement durable, intégrant progrès social et équilibre naturel, est sans doute un des grands défis du XXI^e^ siècle, pour concilier le local et le global.

S'agissant des Etats modernes, l'invocation des valeurs collectives est beaucoup plus difficile à justifier. Certes les droits ne vont pas sans responsabilités, et la liberté sans solidarité, mais l'appel aux « valeurs asiatiques », d'ailleurs assez vagues, a trop souvent été mis en avant pour justifier l'acceptation de l'ordre établi, au nom de l'harmonie, quitte à bafouer les droits des plus faibles et des plus vulnérables. Le marxisme-léninisme tout comme le capitalisme sauvage sont d'ailleurs eux aussi des produits d'importation. Il ne faut pas oublier non plus que ce sont les Alliés, et notamment le Maréchal Smuts, qui ont refusé la proposition japonaise d'introduire le principe de non-discrimination raciale dans le Pacte de la Société des Nations. En affirmant l'égalité des hommes et des femmes dès le début de la Charte des Nations Unies, les Etats membres montrent au contraire que les valeurs traditionnelles doivent être interprétées à la lumière des principes juridiques d'égalité et de liberté[15].

On pourrait en dire autant du poids des religions, matrices des droits de l'homme, à travers la reconnaissance de la dignité de l'homme « à l'image de Dieu », mais tout autant obstacles à l'individualisme des droits de l'homme, au nom de la primauté du droit divin et d'une conception patriarcale de la famille. Pendant tout le XIX^e^ siècle, un courant dominant de l'Eglise catholique a vu dans

---

pratiques, UN Doc. A/HRC/21/3, 9 oct. 2012) du Conseil des droits de l'homme, votée par 25 voix contre 15, avec 7 abstentions, le 9 octobre 2012, demande au Haut-Commissariat de recenser les « bonnes pratiques ».

13 Une bonne introduction à la pensée complexe de Claude Lévi-Strauss est fournie par T. Todorov, « Lévi-Strauss entre universalisme et relativisme», *Le Débat*, 42, 1986. Cf. aussi l'étude *Race et histoire*, Paris, UNESCO, 1952, réed. coll. Folio, 1987.

14 A la suite de la résolution 63/278 adoptée au consensus par l'Assemblée générale le 22 avril 2009, l'ONU célèbre désormais chaque 22 avril « *la journée internationale de la Terre-Mère* ».

15 E. Decaux, « Multiculturalisme et droits de l'homme, aspects juridiques », *L'Observateur des Nations Unies*, 23(2), 2007.

la Révolution française une œuvre diabolique, et dans les droits de l'homme une révolte prométhéenne contre les devoirs à l'égard de Dieu. Mais le lien entre liberté et foi a également été exalté – « Dieu et la liberté » disait Charles de Montalembert – en faisant des droits de l'homme le prolongement sécularisé du message évangélique des Béatitudes, jusqu'aux avancées du Concile de Vatican II[16].

On retrouve ces mêmes débats aujourd'hui au regard de la relation entre l'Islam et les droits de l'homme[17]. Lorsqu'on reproche à la Déclaration de 1948 de « faire l'impasse » sur la dimension philosophique ou religieuse des droits de l'homme, on néglige le fait que pour trouver un accord universel sur les droits positifs, il fallait laisser dans la sphère méta-juridique, la question des fondements culturels, en évitant les oppositions des religions entre elles, mais aussi avec les athéismes d'Etat. C'est le sens d'une neutralité de principe – allant de pair avec le pluralisme et la tolérance – qui a longtemps prévalu dans le domaine international comme sur le plan européen, réunissant Jacques Maritain et René Cassin dans un même idéal pragmatique. Resterait à savoir quelles philosophies opposer à l'universalité des droits de l'homme, sinon un certain relativisme culturel ou un « décisionnisme » politique, niant ce qu'il y a de commun dans toute l'humanité ?

2. La question des droits de l'homme

Si l'on admet que le droit est aussi une culture, il faut s'interroger sur ce que nous disent aujourd'hui les droits de l'homme. Tous les citoyens font des droits de l'homme sans le savoir, comme tous les spectateurs se croient des critiques de cinéma. Mais au lieu de juger les droits de l'homme de l'extérieur, sur la base d'idées préconçues, ne faut-il pas essayer de les comprendre, en tant que « champ » spécifique dans la discipline juridique qu'est le droit international public. Autrement dit, plutôt que de mettre les droits de l'homme en question, il convient de s'interroger sur la question des droits de l'homme, dans sa double dimension matérielle et formelle.

2.1. *Le champ matériel du droit des droits de l'homme*

Les droits de l'homme ne sont pas seulement un slogan passe-partout, ils ont un contenu. Certes le vocabulaire français est assez lourd, car il nous faut parler du « droit international des droits de l'homme » ou du « droit des droits de

[16] Cf. notamment l'anthologie de M. Prélot, *Le libéralisme catholique*, Paris, Armand Colin, 1969.

[17] Pour ces débats, notamment dans leur dimension méditerranéenne, cf. « Diversité culturelle et droits de l'homme », *Annuaire international des droits de l'homme*, 3, 2008 ; « Religion et droits de l'homme », *Annuaire international des droits de l'homme,* 4, 2009. Cf. la contribution essentielle de Y. Ben Achour, *La deuxième Fâtiha, L'Islam et la pensée des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.

l'homme » pour évoquer *International Human Rights Law*. Les anglicismes, avec des formules comme la « loi internationale », au lieu du « droit international », et des variations sur les « droits humains » ou les « droits de la personne », quand ce ne sont pas « les droits de la personne humaine », contribuent trop souvent à la confusion. Les juristes français restent en effet attachés au vocabulaire des droits de l'homme, pour des raisons historiques évidentes, mais aussi pour des raisons pratiques : il faudrait réviser tous les textes de base, Constitution et traités, pour gommer la référence aux « droits de l'homme ». Qu'il suffise de dire une fois pour toutes que l'Homme des droits de l'homme – mot qui vient d'*homo*, l'homme en général, et non de *vir*, le sexe masculin – vise le genre humain, c'est-à-dire tous les hommes et toutes les femmes. Ce qui est en jeu plus profondément que l'enracinement historique, c'est la conception abstraite des droits de l'homme, combinant individualisme et universalisme. Certes le « citoyen abstrait » ne remplace pas « l'homme situé », pour reprendre l'opposition de Georges Burdeau, mais l'approche catégorielle qui multiplie les groupes vulnérables, les minorités nationales et les communautés fermées, les statistiques et les quotas, va à l'encontre de la philosophie française des droits de l'homme, en contribuant à la fragmentation dénoncée par ailleurs[18].

Parler de « générations des droits de l'homme » comme l'a fait Karel Vasak, non sans succès pédagogique, est particulièrement réducteur.[19] Lorsque la Charte des Nations Unies consacre la primauté des droits de l'homme, elle n'en donne ni définition ni contenu. Seul le principe de non-discrimination en fonction du sexe, de la race, de la langue et de la religion est posé de manière transversale, pourrait-on dire. C'est la Déclaration universelle de 1948 qui donne un inventaire des droits de l'homme, au prix d'un certain flou parfois – notamment pour le droit de propriété exercé « seul ou en communauté » – mais de manière synthétique et systématique. Le fait que deux traités, les deux Pactes internationaux de 1966, soient venus apporter un divorce provisoire, en séparant les deux parties du corpus des droits de l'homme, ne remet pas en cause l'unicité de la Déclaration. Les deux Pactes comportent des références croisées, chacun renvoyant à l'autre, et en pratique, la très grande majorité des Etats est liée par les deux traités. C'est d'ailleurs à partir de la Conférence mondiale de Téhéran de 1968 que

---

[18] Sur la problématique générale de la fragmentation telle qu'elle a été analysée dans le cadre de la Commission du Droit International (CDI), cf. M. Koskenniemi, *Fragmentation of International Law : Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Helsinki, Erik Castren Institute, 2007.

[19] K. Vasak, « Le droit international des droits de l'homme », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 140, 1974. Cf. aussi *Les droits de l'homme à l'aube du XXI*ème *siècle, Amicorum Liber Karel Vasak*, Bruxelles, Bruylant, 1999. Pour une critique, E. Decaux, « Rapport général sur 'les droits culturels' », in 8ème colloque de la CEDH, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 38(A), 1997. Et E. Bribosia & L. Hennebel (éd.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

l'on a commencé à parler de l'indivisibilité des droits de l'homme, tandis que la Conférence mondiale de Vienne de 1993 fixe l'objectif politique de la ratification universelle de ces instruments internationaux. Mais au-delà de ce « bloc » fondamental, un processus d'enrichissement et de diversification du corpus des droits de l'homme est à l'œuvre.

Il s'agit d'abord de la multiplication des protections catégorielles dans le cadre des organisations internationales. C'est déjà le cas avec le droit de l'OIT et les conventions internationales du travail ou, dans une moindre mesure, avec les traités et les déclarations élaborés dans le cadre de l'UNESCO. Mais au sein même de l'ONU on constate une prolifération des « instruments de base », avec aujourd'hui 9 traités internationaux créant des organes de surveillance, sans parler des protocoles qui viennent renforcer les droits et les garanties. Ce chiffre de 9 « traités de base » est lui-même réducteur et le chapitre IV des traités relatifs aux droits de l'homme dont le Secrétaire général est dépositaire est plus riche. Si le souci de protection spécialisée est essentiel, en visant les discriminations subies par des groupes vulnérables ou les victimes de certains crimes, l'accumulation des instruments ne facilite pas toujours la lisibilité et la visibilité du système pour le public.

Par ailleurs, le développement d'un droit régional, qui est une bonne chose en soi, au nom du principe de subsidiarité, vient ajouter un étage de protection entre l'échelon national et l'échelon universel, quand il n'y a pas plusieurs systèmes régionaux superposés comme en Europe, avec l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, voire l'OSCE. La dialectique entre les systèmes régionaux, notamment les systèmes africain, européen et interaméricain, est particulièrement riche, mais il existe un risque permanent de divergence d'un système régional à l'autre, comme entre les systèmes régionaux et les systèmes universels. Plus que jamais la Déclaration universelle constitue donc la clef de voute qui assure, avec les deux piliers que sont les Pactes, l'équilibre d'une construction de plus en plus ramifiée.

Pendant longtemps on a considéré que le droit des droits de l'homme et le droit international humanitaire s'excluaient mutuellement, comme le jour et la nuit, le premier s'appliquant en temps de paix, le second en temps de guerre. C'est négliger que le droit international des droits de l'homme lui-même se réfère aux situations de crise, et intègre les autres obligations qu'impose « le droit international », notamment les obligations découlant du droit international humanitaire. De son côté, le droit international humanitaire qui ne visait initialement que les conflits armés internationaux s'est élargi pour couvrir des conflits armés non-internationaux, y compris des situations de crise interne, avec un problème de seuil évident risquant de créer une zone crise de non-droit échappant aux deux régimes. On a tenté d'éviter tout chevauchement en parlant du droit humanitaire comme d'une *lex specialis*, un régime dérogatoire du droit commun, mais il faut plutôt parler de chevauchement des deux systèmes. Ainsi la Cour internationale de justice a affirmé dans des avis et arrêts récents que le droit international des

droits de l'homme peut continuer à s'appliquer dans des situations couvertes par le droit humanitaire. Le défi est d'avoir une vue d'ensemble de la question, alors que les deux corpus se sont développés de manière parallèle, avec les conventions de Genève de 1949 et leurs deux Protocoles additionnels de 1977, dont le suivi est assuré dans le cadre du CICR, dont le souci d'efficacité passe par la discrétion et le pragmatisme, et non par une qualification précise risquant de heurter la susceptibilité des Etats. Au cloisonnement juridique répond ainsi un cloisonnement institutionnel. Mais la multiplication des situations de crise amène à une approche globale.

Pour s'en tenir à un exemple, le Conseil de sécurité dans ses résolutions sur la lutte contre le terrorisme, depuis notamment la résolution 1535(2004), rappelle que les Etats

> doivent veiller à respecter toutes les obligations mises à leur charge par le droit international, et que les mesures adoptées doivent être conformes au droit international, en particulier aux instruments relatifs aux droits de l'homme et aux réfugiés, ainsi qu'au droit humanitaire.

Dans des situations de crise, il dénonce tout à la fois les « violations massives et systématiques » (*gross and systematic violations*) des droits de l'homme et les « violations graves » (*serious violations*) des conventions de Genève. Ainsi dans sa résolution 2085 (2012) du 20 décembre 2012 visant la situation au Mali, le Conseil de sécurité

> condamne fortement toutes les atteintes aux droits de l'homme commises dans le nord du Mali par des rebelles armés, des terroristes et d'autres groupes extrémistes, notamment celles qui prennent la forme de violence infligées aux civils et particulièrement à des femmes et à des enfants, […] réaffirmant que certains de ces actes peuvent constituer des crimes au regard du Statut de Rome et que ceux qui s'en rendent coupables doivent absolument en répondre […].

La résolution soutient un « dispositif de sécurité » avec un « appui international », assortis d'un volet « droits de l'homme », en veillant à recenser « toute violation du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme et du droit des réfugiés » (para. 18) et à soutenir « l'action menée sur le plan national et international, y compris par la Cour pénale internationale, pour traduire en justice les auteurs d'atteintes graves aux droits de l'homme et au droit international humanitaire au Mali » (para. 19).

Cette synthèse se fait également à un autre niveau, à travers la lutte contre l'impunité et le développement de la justice pénale internationale. Le lien entre droits de l'homme et justice est ancien. La veille du jour où l'Assemblée générale vote la Déclaration universelle, le 9 décembre 1948, elle adopte également la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, ouvrant la voie à la sanction des crimes internationaux, mais il faudra cinquante ans pour voir adopter le Statut de la Cour pénale à Rome en 1998. Ainsi à côté de la responsabilité des Etats qui est à la base du régime de protection des droits de l'homme, en offrant des garanties individuelles aux victimes à l'encontre de

l'Etat, la responsabilité pénale des individus est affirmée sur le plan international. Les traités les plus novateurs, comme la Convention sur les disparitions forcées de 2006, à l'instar de la Convention contre la torture de 1984, sont à la charnière du droit international et du droit international pénal, visant aussi bien la responsabilité des Etats que les mesures de coopération pour poursuivre et réprimer des crimes internationaux, comblant ainsi une lacune inhérente à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948.

De même l'idée de réparation des violations massives des droits de l'homme et des violations graves du droit humanitaire est à la base des principes adoptés par l'Assemblée générale. Dès lors on ne peut plus parler seulement de manière binaire de « promotion et de protection des droits de l'homme » au regard des seules violations individuelles, il faut pleinement intégrer les mécanismes d'enquête, de répression et de réparation des violations à grande échelle, qui ont été mis en place de manière empirique, sans constituer un système homogène. La création de la Cour pénale internationale est encore trop récente pour avoir pu jouer ce rôle unificateur du droit, face à l'organe politique qu'est le Conseil de sécurité.

2.2. *La nature juridique du droit des droits de l'homme*

C'est donc dans la logique du droit international qu'il faut inscrire les droits de l'homme, avec une particularité qui est la place occupée par le droit interne en la matière. Il ne s'agit pas seulement de faire jouer le principe de subsidiarité et d'articuler de manière classique garanties internes et garanties internationales, mais plutôt de voir que les droits de l'homme qui sont des valeurs et principes constitutionnels dans le cadre national, font également partie du mouvement de « constitutionnalisation du droit international ». Loin d'être marginalisés, ils occupent un rôle moteur dans la dynamique moderne du droit international. La question de la hiérarchie des sources comme celle de la portée du droit international des droits de l'homme trouvent ainsi un nouvel éclairage.

Depuis le début du XIX[e] siècle, avec la naissance d'un droit moderne, un « principe d'humanité » a été invoqué, que ce soit pour mettre fin à la traite négrière et à l'esclavage, dès le Congrès de Vienne, qui dans une déclaration du 8 février 1815 condamne ce fléau « comme répugnant aux principes d'humanité et de morale universelle » ou pour instaurer les premières conventions humanitaires. La Cour internationale de justice s'est également fondée sur une résolution 96 (I) de l'Assemblée générale du 11 décembre 1946 pour évoquer le crime de génocide comme un crime de droit des gens « qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies »[20]. Elle souligne la « portée

[20] CIJ, *Réserves à la Convention sur le Génocide*, avis consultatif, 28 mai 1951, CIJ Recueil 1951, 23.

nettement universelle » de la Convention visant « à libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux », en rappelant qu'elle « fut approuvée, le 9 décembre 1948, par une résolution qui fut votée unanimement par 56 Etats »[21]. Le préambule du Statut de la Cour pénale internationale, adopté en 1998 à Rome, évoque lui aussi les millions de « *victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine* ».

Le droit international humanitaire a une double nature conventionnelle et coutumière qui est désormais pleinement reconnue, et ce d'autant plus facilement que la ratification des conventions de Genève de 1949 est désormais universelle, ce qui est loin d'être le cas des protocoles[22]. Pour autant le contenu du droit coutumier n'est pas évident et l'exercice d'inventaire fait par des spécialistes du CICR a trouvé des résistances[23]. Sur le plan politique, la pertinence du droit humanitaire dans le cadre de la lutte contre le terrorisme a été mise en cause par les Etats-Unis, à travers la notion d' « ennemi combattant ». Peut-on distinguer au sein des normes coutumières, des principes qui relèveraient d'une norme supérieure du *jus cogens* ? La jurisprudence récente a mis en exergue l'interdiction de la torture comme une telle norme de *jus cogens*, en réaction même aux pratiques américaines. Mais c'est sans doute la CIJ qui aura le rôle essentiel pour qualifier une norme de *jus cogens*, comme on l'a vu avec les développements récents.

En matière de droits de l'homme, *stricto sensu*, l'accent est mis sur la distinction entre droit déclaratoire et droit conventionnel, entre *soft law* et *hard law*. Cette approche tend à minimiser la portée de la Déclaration universelle de 1948, alors que le Comité des droits de l'homme des Nations unies en fait, avec les Pactes et leurs Protocoles, une composante de la « Charte internationale des droits de l'homme » (*International Bill of Human Rights*). On a ironisé à bon compte sur le droit déclaratoire qui ne serait qu'un droit déclamatoire. Répéter de résolution en résolution les mêmes formules ne les transformeront pas en « droit dur » pour autant. Certes, certaines formules vagues de la Déclaration restent des vœux pieux ou des intentions politiques, mais bien des dispositions de la Déclaration sont précises et pleinement applicables, en l'absence même de leur traduction par les Pactes.

De plus tout un pan du droit déclaratoire n'est que le droit dérivé de la Charte, qui lie les organes des Nations Unies mais aussi les Etats membres en tant

---

[21] *Ibid*.

[22] T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

[23] J.-M. Henckaerts & L. Doswald-Beck, *Droit international coutumier, vol. 1 : Règles*, Genève/Bruxelles, CICR/Bruylant, 2006. La version complète *Customary International Humanitarian Law* a été publiée en 3 volumes par Cambridge University Press en 2005. Pour une excellente introduction v. P. Tavernier (éd.), *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

que tels[24]. Dans certains cas, il faudrait parler d'un « droit opératoire » – l'opérationnel n'est pas optionnel – avec des décisions qui mobilisent des moyens juridiques, humains et financiers, comme lorsque l'Assemblée générale a adopté en 1993 le « mandat » du Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies, ou à une moindre échelle lorsqu'une commission d'enquête est mise en place. Dans d'autre cas, le droit déclaratoire est un « droit secondaire » qui constitue une interprétation et un développement du « droit dur ». C'est le cas des nombreux principes directeurs, *guidelines* ou standards élaborés dans le domaine des droits de l'homme[25]. Ignorer ces dynamiques du droit vivant, pour ne considérer que la quasi-jurisprudence de traités, c'est se priver d'un tableau complet de la réalité.

Il est en effet impossible de se cantonner dans une analyse classique du droit conventionnel fondé sur le seul volontarisme étatique, alors que la Conférence mondiale de Vienne de 1993 a elle-même souligné l'objectif d'une ratification universelle des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Si le droit classique est neutre – un Etat est « libre » de ne pas ratifier le TNP – le droit international des droits de l'homme est finaliste. Toute la question est de savoir si lorsque l'objectif de ratification universelle sera atteint, on assistera, comme pour le droit humanitaire, à une superposition des normes coutumières et des normes conventionnelles, avec un effet de cliquet, interdisant tout retour en arrière. Déjà, en l'absence de ratification des traités de base, les Etats restent soumis à la Déclaration universelle qui sert de cadre juridique à de nombreuses procédures de contrôle, sur le plan politique, avec l'Examen périodique universel (EPU) ou sur le plan quasi-contentieux, avec la procédure de plainte instituée dès 1970 avec la résolution 1503 de l'ECOSOC, qui a été maintenue lors de la réforme de 2006, avec la résolution 5/1 du Conseil des droits de l'homme[26].

La véritable question en matière de droit des droits de l'homme est l'effectivité de ce droit. Il y a en effet une dialectique permanente entre la pratique et l'*opinio juris* dans la constitution de la coutume. Certes les violations d'un principe ne remettent pas en cause la norme établie, qu'elle soit de nature conventionnelle ou coutumière, on le voit trop bien avec le droit international humanitaire, mais l'argument est souvent invoqué pour affaiblir la portée du droit international

---

[24] E. Decaux, « De la promotion à la protection des droits de l'homme : droit déclaratoire et droit programmatoire », in Colloque de la Société Française pour le Droit International, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998. Et sous l'angle interne, « Déclarations et conventions internationales », *Cahiers du Conseil constitutionnel : La normativité*, 21, 2006.

[25] Il est significatif que ces documents figurent en bonne place dans le *Recueil d'instruments internationaux* consacrés aux droits de l'homme que publient les Nations Unies.

[26] Cf. notre étude « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2009.

des droits de l'homme. Ce qui est en cause c'est moins la validité de la norme que l'absence de sanction. Aussi bien l'objectif de la ratification universelle des instruments internationaux n'a de sens que s'il se traduit par une application universelle des normes. Mais cette problématique dépasse le cercle des Etats et la « communauté internationale des Etats dans son ensemble », à travers les organisations internationales. Dans ce sens l'existence de principes généraux du droit ou de normes coutumières permet de transcender le cadre interétatique du droit des traités, en donnant une portée beaucoup plus générale aux droits de l'homme.

Il faut en effet faire toute leur place aux acteurs non-étatiques qui ont un rôle essentiel dans la promotion et la protection des droits de l'homme. C'est le cas des « organes de la société civile », face à la société politique des Etats, à travers les ONG et les défenseurs des droits de l'homme dont le rôle déjà consacré par la Charte de 1945 a été renforcé par la Déclaration du 9 décembre 1998. Face à la connivence ou à l'inertie des Etats, les ONG indépendantes ont un rôle irremplaçable d'information, de mobilisation, d'initiative et d'alerte. Mais il faut de également accorder une place à part aux « Institutions nationales de protection des droits de l'homme », au carrefour des pouvoirs publics et de la société civile, sur le plan interne comme dans le cadre international, depuis que leur rôle, lui aussi en germe dès l'origine, a été consacré par l'Assemblée générale en 1993.

D'autre part certains « acteurs non-étatiques » peuvent porter atteinte aux droits de l'homme, soit directement, dans leur propre sphère d'influence, soit par complicité avec les violations commises par les Etats. La prise en compte du rôle des entreprises multinationales a rencontré de nombreuses résistances – fondées sur l'argument que le droit des droits de l'homme ne concerne que les Etats et que le développement du droit international ne doit pas entraver la liberté contractuelle et « la loi du marché » – mais la crise mondiale montre assez que la logique des Etats est dépassée par le poids des grands acteurs économiques de toute nature. L'idée que les Etats doivent respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme, n'enlève rien à l'obligation propre des acteurs non-étatiques de respecter l'ensemble du corpus des droits de l'homme tel qu'il a été défini, en engageant leur responsabilité en cas de violations. Que cette responsabilité joue sur le plan interne ou transnational, et reste virtuelle sur le plan international, est sans doute conforme à la dialectique permanente qui est au cœur des droits de l'homme. Mais il ne faudrait pas que les lacunes ou les limites du droit international des droits de l'homme soient considérées comme un blanc-seing pour violer les droits de l'homme dans des zones de non-droit.

Un des développements les plus intéressants survenus depuis la Conférence de Vienne est justement la pleine intégration des entreprises dans le débat sur les droits de l'homme. A la suite de l'adoption par le Conseil des droits de l'homme du cadre conceptuel élaboré par le représentant spécial du Secrétaire général sur *Business and Human Rights*, avec la résolution 17/4 du 16 juin 2011, le débat a été relayé par les organisations européennes, comme l'Union européenne qui a lancé

des « plans nationaux d'action de mise en œuvre des principes directeurs des Nations Unies », alors même que ces principes restent flous. Le rapport de John Ruggie (A/HRC/17/31) ne définit pas rigoureusement le corpus juridique de référence, semblant limiter le champ matériel des droits de l'homme, en négligeant l'apport de l'OIT et en oubliant le droit humanitaire et le droit pénal, mais surtout négligeant la diversité des sources formelles, alors que des traités peuvent s'appliquer aux relations entre « particuliers » et que des normes coutumières peuvent avoir une portée objective. Dans le cadre conceptuel, qui reprend le « *Duty to Respect* » et le « *Duty to Protect* » d'Asjbörn Eide le point faible est le volet des « *Remedies* ». L'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum C°* donne toute son actualité à cette problématique, le *Wall Street Journal* mettant en cause les méfaits du vagabondage judiciaire, avec un « *'think globally, sue locally' lawsuit tourism* ».

Sur ce terrain également, le véritable défi réside dans le renforcement de la coopération internationale et le développement du droit international public, y compris sur le terrain du droit international des droits de l'homme. Pour le dire d'une formule, le monde ne souffre pas d'un trop plein des droits de l'homme, un excès de sucre qui ferait considérer le « droit-de-l'hommisme » comme une pathologie, mais bien plutôt d'un manque des droits de l'homme, d'une insuffisance d'effectivité des droits de l'homme.

CHAPITRE TRENTE-CINQ

NOTES SUR LA « FRAGMENTATION » DU DROIT INTERNATIONAL : DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX ET DROITS DE L'HOMME

Alain Pellet*

1.

Associée au droit international, la « fragmentation » est une notion à la mode même si sa nature reste incertaine : s'agit-il d'un « concept »[1] ? ou n'est-ce qu'un terme chic et commode pour désigner un phénomène difficilement saisissable[2] ?

Le mot a été popularisé lorsque la Commission du Droit international a inscrit dans son programme à long terme le thème : « Les risques que pose la fragmentation du droit international »[3] et a constitué un groupe d'étude sur le sujet. Dans le cadre de cet exercice, la « fragmentation » a été définie comme « l'apparition de

* Professeur à l'Université Paris-Ouest, Nanterre La Défense ; ancien Président de la Commission du Droit international des Nations Unies ; Associé de l'Institut de Droit international. J'adresse de très vifs remerciements à Benjamin Samson, pour l'aide qu'il m'a apportée dans les recherches préalables et la finalisation de cette contribution – qui est issue d'une conférence donnée à la Harvard Law School dans le cadre d'une journée d'étude organisée le 6 avril 2012 par le *Harvard Human Rights Journal* (Symposium : Fragmentation – Human Rights & International Investment Law).

[1] Selon le dictionnaire *Larousse online*, un concept est une « idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les connaissances » (disponible à l'adresse suivante : http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/concept/17875).

[2] Le dédicataire de ces lignes semble l'assimiler aux *self-contained regimes* qui ne seraient que des régimes *sui generis* (v. P.M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 90 et 436) ; il me semble que les deux phénomènes (postulés) ne se recouvrent pas complètement ; et je ne suis pas non plus convaincu que l'expression latine traduise exactement « régimes se suffisant à eux-mêmes » ; mauvais début pour une contribution à des *Mélanges* ! Mais, pour l'essentiel, on le verra, je suis en très large accord avec ce que P.-M. Dupuy a écrit sur ou autour du thème de ces « notes ».

[3] Assemblée Générale des Nations Unies (AGNU), *cinquante-cinquième session, Supplément no 10*, UN Doc. A/55/10, chap. IX.A.1, para. 729.

règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes »[4]. En 2006, le Groupe d'étude de la fragmentation du droit international, très efficacement animé par Martti Koskenniemi, a adopté ses conclusions. Ce document a pour sous-titre « Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international »[5], le terme « difficultés » ayant été préféré à « risques »[6]. Et, pour de bonnes raisons : la diversification et l'expansion du droit international ne simplifient assurément pas la vie des juristes, mais elles peuvent être considérées comme une source de progrès et d'enrichissement du droit international.

On peut cependant avoir des doutes sur la portée et la profondeur de ce phénomène. Certes, le droit international est en expansion constante et devient de plus en plus techniquement sophistiqué ; il n'existe plus de « domaine réservé » ; plus de « matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un État, ne sont pas, en principe, réglées par le droit international » et pour lesquelles « chaque État est seul maître de ses décisions »[7]. Aujourd'hui, il n'est aucun aspect des relations entre les États ou entre les êtres humains qui ne soit régi – ou susceptible d'être régi – par le droit international.

Mais à vrai dire, s'il existe une « fragmentation », elle se trouve davantage dans l'esprit des juristes, qu'ils soient enseignants, chercheurs ou praticiens, qui, à cause de cette complexification et de cette extension du droit international, se spécialisent à l'excès dans un domaine particulier – soit par paresse intellectuelle (il est plus rassurant de s'enfermer dans sa boîte noire que d'affronter la complexité des choses), soir par goût (certains trouvent plus excitant de s'intéresser aux droits de l'enfant ou à la protection des baleines que d'essayer de comprendre les mécanismes austères du système de responsabilité en droit international ou de résoudre les mystères de la formation de la coutume). Ils ne sont plus « juristes de droit international », mais « droits-de-l'hommistes », « environnementalistes », « investissementistes », voire « droit-de-la-meristes », lorsqu'ils ne se posent pas eux-mêmes en tant que spécialistes du plateau continental, des droits culturels, ou de la conservation des rhinocéros blancs. Le droit international n'est pas fragmenté – ou plutôt, s'il se fragmente, c'est surtout parce que les universitaires et les praticiens en traitent de manière fragmentée[8].

---

[4] *Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, UN doc. A/CN.4/L.682, 11, para. 8.

[5] *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session*, UN Doc. A/61/10, 2006, 426-443, para. 251.

[6] Sur le changement du titre du sujet, voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (2002) (A/57/10), *Annuaire de la Comnission du Droit International*, II, 2002, 2e partie, 103, para. 500.

[7] Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, avis consultatif, 7 février 1923, Série B No 4, 23-24.

[8] Dans le même sens, voir Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », 436.

2.

Il y d'ailleurs quelque paradoxe à parler de fragmentation dans un monde globalisé. On s'attendrait à ce que, dans le « village global » popularisé par Marshall McLuhan[9], tous les acteurs, qu'il s'agisse de particuliers ou d'entreprises privées ou des autorités publiques, soient soumis à des règles uniformes dans des situations similaires. En ce sens, la mondialisation (ou l'internationalisation) des sociétés humaines (ou peut-on utiliser le singulier : « de *la* société humaine » ?) semble être un bouclier contre la fragmentation des règles juridiques. Selon la définition claire et équilibrée donnée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) :

> Globalization, or the increased interconnectedness and interdependence of peoples and countries, is generally understood to include two interrelated elements: the opening of borders to increasingly fast flows of goods, services, finance, people and ideas across international borders; and the changes in institutional and policy regimes at the international and national levels that facilitate or promote such flows[10].

Si on accepte cette définition, la notion « post-moderne » de droit global[11] est clairement « défragmentante » en ce qu'elle nie ou, du moins, défie les limites des bons vieux États souverains – dont la coexistence souveraine et sourcilleuse était et demeure le facteur principal de la fragmentation du droit international. Mais on notera également que la définition de l'OMS est « *economy-oriented* ». À l'en croire, le monde semble se réduire à une sorte de zone de libre-échange dont le seul objectif est d'augmenter la productivité économique tout en ignorant totalement le but ultime qui est – ou devrait être – le bien-être de la population – ou des peuples – de ce monde unifié. D'où la définition vindicative donnée par les militants antimondialistes du Forum international sur la mondialisation:

> Globalization is the present worldwide drive toward a globalized economic system dominated by supranational corporate trade and banking institutions that are not accountable to democratic processes or national governments[12].

3.

Il n'est pas besoin de trancher entre la définition économiquement étriquée de l'OMS et celle, grinçante, des antimondialistes ; il suffit de constater que leur

---

[9] M. McLuhan, *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, Toronto, University of Toronto Press, 1962, 293.

[10] Glossaire de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), disponible à l'adresse suivante : http://www.who.int/trade/glossary/story043/en/index.html (page non disponible en français).

[11] Voir B. Kingsbury et A. Pellet, « Views on the Development of a Global Administrative Law », in C. Bories (dir.), *Un droit administratif global ?/A Global Administrative Law?*, Actes du Colloque du Centre de Droit international de Nanterre (CEDIN) des 16 et 17 juin 2011, Paris, Pedone, 2012, 11-23.

[12] International Forum on Globalization, Analysis, disponible à l'adresse : http://www.ifg.org/analysis.htm.

confrontation pose un problème fondamental : peut-on, dans le monde global, concilier les intérêts économiques (privés – puisque, à tort ou à raison, ils sont considérés comme les meilleurs promoteurs du développement), et le respect des normes protectrices de l'ordre public international, à commencer par celles qui garantissent les droits fondamentaux de la personne humaine ?

La présente contribution ne permet évidemment pas de couvrir, même cursivement, tout le champ de cette vaste question. Tout au plus peut-elle être l'occasion de s'interroger sur la manière dont le droit des investissements prend en compte le « droit des droits de l'homme » et, inversement, de se demander si et comment celui-ci tient compte des règles de celui-là – étant entendu que ces notes cursives ne prétendent nullement à une grande rigueur scientifique ni, moins encore, à l'exhaustivité.

Néanmoins, même si on la détermine de manière purement empirique, l'intensité des « interactions normatives »[13] qui peuvent exister entre ces deux systèmes peut renseigner sur la réalité, les limites, les « risques » éventuels de la fragmentation, et les « difficultés » en découlant.

4.

Droit de l'investissement et droit des droits de l'homme se prêtent d'autant plus à une étude croisée qu'ils présentent tous deux des caractères communs qui les rapprochent au sein de la vaste famille des droits des relations internationales[14] – ces systèmes juridiques qui, ne se limitant pas au droit entre

---

[13] Voir L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte & S. Touzé (dir.), *Les interactions normatives – Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone (Collection : Cahiers Européens), 2012.

[14] Ceci explique sans doute que les relations entre les deux systèmes aient déjà fait l'objet de nombreuses études parmi lesquelles on peut citer : O. De Schutter, « Foreign Direct Investment, Human Development and Human Rights : Framing the Issues », *Human Rights & International Legal Discourse*, 3(2), 2009, 137-176 ; P.M. Dupuy, F. Francioni & E.U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, XLVIII–597 ; A. Al. Faruque, « Mapping the Relationship Between Investment Protection and Human Rights », *The Journal of World Investment and Trade*, 11(4), 2010, 539-560 ; J.D. Fry, « International Human Rights Law in Investment Arbitration : Evidence of International Law's Unity », *Duke Journal of Comparative & International Law*, 18, 2007, 77-149 ; F. Horchani, « Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux », in L. Boy, J.-B. Racine & F. Siiriainen (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, 139-166 ; P. Kahn, « Investissements internationaux et droits de l'homme », in F. Horchani (dir.), *Où va le droit international de l'investissement ? : désordre normatif et recherche d'équilibre : actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, 2007, Paris, Pedone, 95-109 ; U. Kriebaum, « Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration », *The Journal of World Investment and Trade*, 10, 2009, 653-677 ; L. Liberti, « Investissements et droits de l'homme », in P. Kahn & T.W. Wälde (eds.) *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*,

les États, se combinent pour constituer l'encadrement juridique complexe de ces relations. L'un comme l'autre régissent, essentiellement – mais pas exclusivement – les rapports entre États d'une part et personnes privées d'autre part tout en encadrant aussi les relations interétatiques dans ces deux domaines[15]. Et l'un et l'autre ont sécrété des mécanismes non nationaux[16] et efficaces de règlement des différends, qui contrastent avec la quasi-absence de juge qui caractérise le droit international général[17].

S'agit-il pour autant d'ordres juridiques autonomes ? ou de simples branches du droit international général ? Bien qu'apparemment théorique, la question n'est pas purement académique : les interactions entre deux systèmes normatifs sont

---

Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 791-852 ; H. Mann, *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*, International Institute for Sustainable Development, February 2008 ; L.E Peterson & K.R. Gray, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, International Institute for Sustainable Development, April 2003 ; L.E. Peterson, *Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the Role of Human Rights Law within Investor-State Arbitration*, Right & Democracy, 2009 ; Y. Radi, « Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration : A Perspective from within the International Investment Law Toolbox », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 37(4), 2012, 1107-1185 ; M. Ruffert, « The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights », *German Yearbook of International Law*, 2001, 116-148 ; M.W. Sheffer, « Bilateral Investment Treaties : a Friend or Foe to Human Rights? », *Denver Journal of International Law and Policy*, 39(3), 2011, 483-521; B. Simma, « Foreign Investment Arbitration : A Place for Human Rights? », *International and Comparative Law Quarterly*, 60(3), 2011, 573-597 ; B. Simma & T. Kill, « Harmonizing Investment Protection and International Human Rights : First Steps towards a Methodology », in *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, 678-707 ; C. Tomuschat, « The European Court of Human Rights and Investment Protection », in *International Investment Law for the 21st Century,* 636-656 ; UNCTAD, Selected Recent Developments, *IIA Arbitration and Human Rights*, No 2, 2009 ; ou J. Wouters & N. Hachez, « When Rules and Values Collide : How Can a Balanced Application of Investor Protection Provisions and Human Rights Be Ensured », *Human Rights & International Legal Discourse*, 3(2), 2009, 301-344.

15 On peut douter que l'encadrement juridique des relations, même transfrontières, entre les seules personnes privées réponde à la même logique. La *lex mercatoria*, qui concerne les relations commerciales et, peut-être, financières, entre les acteurs économiques privés, s'est développée dans les interstices du droit des États. Le présent article ne concerne pas ce droit sans l'État (voir A. Pellet, « La *lex mercatoria*, 'tiers ordre juridique'? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, 53-74.).

16 On dira plus volontiers « internationaux » s'agissant du droit des droits de l'homme et « transnationaux » dans le cadre du droit de l'investissement.

17 « Dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire l'objet en dernier ressort d'une procédure juridique [il faut sans doute lire « juridictionnelle »] a toujours constitué la règle plutôt que l'exception », Cour Internationale de Justice (CIJ), *Sud-Ouest africain (2ème phase)*, arrêt, 18 juillet 1966, CIJ Recueil 1966, 46.

sans aucun doute facilitées lorsque ceux-ci relèvent d'un ordre juridique unique ; elles se bornent à des « influences », éventuellement réciproques, s'ils constituent deux ordres juridiques distincts[18].

À cet égard, l'auteur de ces lignes a déjà largement pris parti lorsqu'il a commis, il y a quelques années, ce que certains considèrent comme un pêché contre les droits de l'homme en dénonçant le « droits-de-l'hommisme »[19], défini comme « cette 'posture' qui consiste à vouloir à toute force conférer une autonomie (qu'elle n'a pas à mon avis) à une 'discipline' (qui n'existe pas en tant que telle à mon avis) : la protection des droits de l'homme »[20]. Si l'on accepte ces prémisses, la protection internationale des droits de l'homme apparaît pour ce qu'elle est : « un chapitre parmi d'autres du droit international général », au même titre que le droit international de l'économie, dont celui de l'investissement est une section[21].

5.

Au surplus, il y a droits de l'homme et droits de l'homme. Comme l'écrit Philip Alston, « [i]f every possible human rights element is deemed to be essential or necessary, then nothing will be treated as though it is truly important »[22].

Il n'est nullement illégitime d'en avoir une conception large[23] et d'y inclure, les droits de l'homme des trois générations – c'est-à-dire ceux inclus dans les deux Pactes : droits civils et politiques – c'est la première génération, droits économiques, sociaux et culturels – c'est la deuxième génération (mais le nécessaire *substratum* des précédents), et les droits plus globaux de la troisième génération

---

[18] Voir A. Pellet, préface à Burgorgue *et al.* (dir.), *Les interactions normatives*, 5-12.

[19] Pour une liste des inquiétudes découlant de l'approche des enjeux internationaux et humains exclusivement centrée sur les droits de l'Homme, voir D. Kennedy, « The International Human Rights Movement: Part of the Problem? », *Harvard Human Rights Journal*, 15, 2002, 102-125.

[20] A. Pellet, « 'Droits de l'hommisme' et droit international », « Conférence Gilberto Amado » prononcée aux Nations Unies à Genève le 18 juillet 2000 (disponible sur : http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202000%20-%20Droit%20de%20l%27hommisme%20et%20DI.pdf). Voir aussi : « 'Human Rightism' and International Law », *Italian Yearbook of International Law*, 10, 2000, 3–20.

[21] C'est d'ailleurs le droit international économique que Prosper Weil a défini, à l'occasion d'une polémique célèbre, comme étant « un chapitre parmi d'autres du droit international général » (voir « Le droit international économique, mythe ou réalité ? », in Société française pour le droit international, Colloque d'Orléans, *Aspects du droit international économique*, Paris, Pedone, 1972, 34.

[22] Ph. Alston, « Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals », *Human Rights Quarterly*, 27, 2005, 807.

[23] Comprenant le droit international humanitaire.

(comme les droits à l'alimentation et à la santé – qui sont à la jonction des deuxièmes et troisièmes générations, le droit à un environnement sain, le droit à la paix et le droit au développement) qui incluent le « devoir – ou la responsabilité – de protéger »). Toutefois, même s'ils font tous partie du « système des droits de l'homme », il est clair qu'ils n'ont pas tous la même valeur juridique.

5.1.

Certains sont au cœur de ce système et ont acquis le statut de norme impérative du droit international général. Ils appartiennent au *jus cogens*. C'est le cas de la prohibition du génocide, de l'apartheid, de l'esclavage et du trafic d'êtres humains, de la torture, et du droit à la vie (dans certaines limites définies par la loi) et probablement du droit à un procès équitable en matière criminelle lorsque de très sérieuses peines sont en jeu. À ceux-ci s'ajoutent certains droits humains fondamentaux qui doivent être préservés dans des situations de conflits armés.[24] En outre, on peut considérer que les droits humains, qui ne sont pas reconnus comme *cogens* ni même obligatoires au plan universel, sont impératifs dans des cercles plus « intégrés » comme l'Europe et l'ensemble des démocraties « occidentales »[25].

5.2.

D'autres ont un « simple » statut coutumier mais ne peuvent pas être considérés comme présentant un caractère impératif. On peut inclure dans cette catégorie le droit à la liberté de pensée et de conscience – mais probablement pas les libertés de religion ou d'expression.

5.3.

Ces dernières[26] sont bien trop contestées dans les faits pour que l'on puisse les considérer comme des « pratique[s] générale[s] acceptée[s] comme étant le droit ». Mais, bien sûr, lorsque les libertés en question sont incluses dans un traité, leur respect s'impose juridiquement aux États ayant, parfois imprudemment[27], ratifié cet instrument. Lorsque ces conditions sont remplies, ces « droits

---

[24] Pas davantage, au moins au plan universel : le consensus sur les droits de l'homme dans la société internationale est fragile et ne permet pas d'aller beaucoup plus loin, sauf si l'on mélange droit et idéalisme, une confusion qui sied aux droits de l'hommistes, mais pas aux juristes responsables.

[25] Dans l'affaire *Autriche c. Italie*, la Commission européenne des droits de l'homme a fait référence à l'« ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe » (requête n° 788/60, décision, 11 janvier 1961).

[26] Il est significatif qu'on les désigne comme des « libertés, et non des « droits » – ce qui n'exclut pas l'existence de droits subjectifs à l'existence d'une liberté.

[27] Alors que la Fédération de Russie, le Pakistan ou la Syrie ont ratifié le Pacte sur les droits civils et politiques de 1966, la Chine n'en n'a prudemment pas fait autant.

conventionnels » constituent de la « *hard law* » pour les États en question ; cela est vrai pour tous les droits inclus dans les Pactes, les conventions régionales et tous les traités relatifs aux droits de l'homme, qu'ils protègent un droit particulier ou les droits d'un groupe d'êtres humains particulier (les femmes, les enfants, les travailleurs, les migrants, etc.) ; au sein de ces « droits conventionnels », certains sont immédiatement invocables, c'est le cas de la quasi-totalité des droits civils et politiques, tandis que d'autres sont davantage « programmatoires » et mettent à la charge de l'État une obligation de comportement mais pas de résultat.

En conséquence, il n'est pas toujours simple de définir la limite entre ces droits de deuxième génération et ceux qui appartiennent à la troisième et qui peuvent difficilement être considérés comme juridiquement obligatoires : même s'ils imposent à l'État un « devoir d'agir », ils constituent clairement de la *soft law*, difficilement invocable devant des cours et tribunaux même si ceux-ci peuvent – ou dans certains cas doivent – prendre en considération ces « droits et obligations » recommandés. Mais prendre en considération n'est pas appliquer.

6.

Il semblerait, en conséquence, logique que les tribunaux compétents en matière d'investissement « appliquent » les droits de l'homme de manière différenciée en fonction de cette gradation de leur valeur contraignante – impérative, simplement obligatoire ou recommandée. Il est pourtant difficile de l'affirmer au vu de leur jurisprudence, qui fait aux droits de l'homme, toutes catégories confondues, une place fort restreinte – à l'exception du droit de propriété, qui bénéficie d'une « surprotection », cohérente avec la logique interne du droit de l'investissement, mais que l'on peut considérer comme relevant d'une vision du droit applicable aux relations entre les États et les personnes privées excessivement centrée sur l'intérêt de l'investisseur.

7.

Les hommes d'affaires ne sont généralement pas considérés comme des philanthropes – bien que certains le soient. Mais il appartient aux États de veiller à ce que les investisseurs ne violent pas les droits de l'homme dans la gestion de leurs investissements et les États eux-mêmes sont tenus de respecter leurs engagements en matière de droits de l'Homme quand ils mettent en place des mécanismes de règlement des différends en matière d'investissements. À certains égards, ils le font, mais il faut admettre qu'ils sont plus enclins à protéger les droits des investisseurs plutôt que ceux de la population locale.

Il est fort révélateur à cet égard que les index des principaux manuels de droit des investissements soit ne contiennent tout simplement pas d'entrée relative aux « droits de l'homme », ou, quand ils en comportent une, il s'agit en général exclusivement de références croisées au droit à la propriété – ce qui donne un

certain crédit à la remarque ironique du Professeur José Alvarez selon laquelle le chapitre 11 de l'ALENA, relatif à l'investissement – mais cela pourrait être dit plus généralement de tous les traités d'investissement – peut être caractérisé comme

> '[A] human rights treaty for a special-interest group'[28] – namely, foreign investors. Indeed, as he asserts, the NAFTA investment chapter is 'the most bizarre human rights treaty ever conceived,' giving the bulk of the rights to the few and ignoring the rights of those who are otherwise affected by the investment, including individual economic rights, work-related rights as provided by Articles 22 to 24 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), and other rights like the right to education under UDHR Article 26.6[29].

8.

On peut admettre en principe que les droits de propriété, de non-discrimination ou à un procès équitable sont effectivement des droits de l'homme. Mais il faut convenir que, lorsqu'ils sont reconnus aux personnes morales, ils restent certainement des « droits » mais seulement marginalement « des droits humains ».

Nonobstant cette nuance, le tableau global est fort positif : les traités d'investissement protègent les droits en question et les tribunaux arbitraux les font respecter scrupuleusement, même si, comme c'est trop souvent le cas dans le droit des investissements, la jurisprudence est loin d'être homogène – fragmentation au sein d'un sous-système, conséquence difficilement évitable du mécanisme très décentralisé de règlement des différends relatifs aux investissements existant tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du CIRDI.

8.1.

Sous réserve de cette observation, le respect des droits de propriété de l'investisseur est probablement l'aspect sur lequel les jurisprudences en matière d'investissement et de droits de l'homme se rencontrent le plus. La plupart des tribunaux d'investissement sont très pointilleux dans l'exigence du respect du droit de propriété comme l'illustre par exemple la définition large généralement retenue d'une « expropriation indirecte »[30].

---

[28] J. Alvarez, « Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven », *University of Miami Inter-American Law Review*, 28(2), 1997, 308.

[29] Fry, « International Human Rights Law in Investment Arbitration : Evidence of International Law's Unity », 78.

[30] Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), *Metalclad Corporation contre Mexique*, affaire no. ARB(AF)/97/1, sentence, 30 août 2000, paras. 103 et 107; CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique*, affaire no. ARB(AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003, para. 113 ; CIRDI, *Generation Ukraine, Inc. contre Ukraine*, affaire no. ARB/00/9, sentence, 16 septembre 2003, para. 20(22)765 ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine*, affaire no. ARB/02/8, sentence,

C'est également à propos des droits de propriété que le CIRDI ou d'autres tribunaux arbitraux citent le plus volontiers les conventions régionales des droits de l'homme[31] ou la jurisprudence des juridictions européenne[32] ou interaméricaine[33] des droits de l'homme. Cela ne veut pas dire qu'ils « appliquent » ces instruments, mais ces références contribuent à renforcer la *légitimité* de la décision[34], étant entendu que, dans certains cas, les conventions de droits de l'homme sont moins protectrices des droits de l'investisseur que le traité bilatéral, auquel le Tribunal saisi donnera alors la préférence[35].

8.2.

On peut faire le même genre de constatations en ce qui concerne le droit à un procès équitable. Il est parfois expressément garanti dans les traités bilatéraux d'investissement eux-mêmes ; ainsi, l'article 5, paragraphe 2(a) du modèle américain de 2012 dispose que: le « 'fair and equitable treatment' includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world ». Et l'élargissement des bases de compétence des

---

6 février 2007, para. 263 et CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire no. ARB/06/1, sentence, 7 décembre 2011, paras. 327-330. Voir aussi : L.Y. Fortier & S.L. Drymer, « Indirect Expropriation in the Law of International Investment : I Know It When I See It, or Caveat Investor », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 19, 2004, 293-327 ; Ch. Leben, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in Ch. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement – Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 163–184 ; A. Reinisch, « Expropriation », in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 407-459; W.M. Reisman & R.D. Sloane, « Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation », *Yale Law School – Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, 2004, 115-150 et K. Yannaca-Small, « Indirect Expropriation and the Right to Regulate : How to Draw the Line? », in K. Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements : A Guide to the Key Issues*, New York, Oxford University Press, 2010, 445-477.

31 Voir CIRDI, *Siemens A.G. c. République argentine*, para. 354 ; CIRDI, *Continental Casualty Company c. République argentine*, affaire no. ARB/03/9, sentence, 5 septembre 2008, para. 276 et Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (CCS), *RosInvestCo UK Ltd. c. Fédération de Russie*, affaire n° V079/2005, sentence, 12 septembre 2010, para. 614 (Convention européenne des droits de l'homme).

32 CIRDI, *Tecnicas Medioambientales S.A. c. États-Unis du Mexique*, para. 116. Voir également Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, sentence, 3 septembre 2001, para. 200 ; CIRDI, *Azurix Corp. c. République Argentine*, affaire no. ARB/01/12, sentence, 14 juillet 2006, paras. 311-312 et CIRDI, *Total S.A. c. République argentine*, affaire no. ARB/04/1, sentence, 27 décembre 2010, para. 129.

33 Voir CIRDI, *Tecnicas Medioambientales S.A. c. Etats-Unis du Mexique*, para. 116.

34 V. Pellet, préface à Burgorgue *et al.* (dir.), *Les interactions normatives*, 11.

35 CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, paras. 310-312.

tribunaux compétents en matière d'investissement, notamment depuis 1990[36], assure le respect effectif de ce droit fondamental en faveur des investisseurs. Là encore, les mentions de la jurisprudence régionale ou universelle des droits de l'homme dans les sentences arbitrales sont loin d'être exceptionnelles[37].

8.3.

Quant au principe de non-discrimination, il est omniprésent dans le droit des investissements, à travers les dispositions relatives au traitement national, à la non-discrimination entre les investisseurs, voire au traitement de la nation la plus favorisée, mais toutes sont insérées dans les traités dans une perspective relevant bien davantage du droit des investissements que de la protection des droits de l'homme. Comme on l'a fort bien expliqué,

> [T]he operation of the concept of non-discrimination varies from one investment discipline to the other and, to some extent, among different human rights. By way of illustration, the assessment of whether two companies are in 'like' or 'similar' circumstances tends to be more demanding or, at least, more standardized in the context of the national treatment and MFN standards than in that of the FET standard. Under this latter standard, the relevant comparator may be an investor of the same State as the claimant. Moreover, assessments under the FET standard are conducted on a case-by-case basis in view of all relevant circumstances, thus affording the judge and/or the arbitrator with a degree of flexibility in the exercise of their function. Similarly, the assessment of whether a taking has been discriminatory can also focus on two investors of the same nationality or, in the human rights context, on two nationals of the same State[38].

---

[36] Voir CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, affaire no. ARB/87/3, sentence finale, 27 juin 1990. Dans cette affaire, pour la première fois, un tribunal arbitral CIRDI se déclarait compétent sur le seul fondement d'une clause de règlement des différends contenu dans un TBI et donnant compétence au Centre.

[37] Voir CNUDCI, *Ronald Lauder c. République Tchèque*, para. 200 ; CIRDI, *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, affaire no. ARB(AF)/99/2, sentence, 11 octobre 2002, paras. 137-138 et 143-144 ; CIRDI, *Tecnicas Medioambientales S.A. c. États-Unis du Mexique*, para. 116 ; CIRDI, *The Loewen Group, Inc. c. États-Unis d'Amérique*, affaire no. ARB(AF)/98/3, sentence, 26 juin 2003, para. 165 ; CIRDI, *Azurix Corp. c. République argentine*, paras. 311-312; CIRDI, *ADC Affiliate Limited and ADC et ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, affaire no. ARB/03/16, sentence, 2 octobre 2006, para. 497 ; CIRDI, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, affaire no. ARB/05/7, décision sur la compétence les mesures provisoires, 21 mars 2007, para. 130 ; CIRDI, *Toto Costruzioni Generali S.P.A. c. Liban*, affaire no. ARB/07/12, décision sur la compétence, 11 septembre 2009, paras. 158-160. Dans cette dernière affaire, le Tribunal a estimé : « Under the Optional Protocol to the ICCPR, a State may accept that individual persons file a complaint against the State before the ICCPR Commission, which then gives its opinion. However, Lebanon has not ratified this Protocol and thus cannot be summoned before the Commission. Nevertheless, the decisions of the Commission are relevant to interpret the scope of Article 14 of the ICCPR » (para. 159).

[38] Dupuy & Viñuales, « Human Rights and Investment ».

Et ce n'est, finalement, que dans cette dernière (et exceptionnelle) hypothèse que la non-discrimination peut être directement considérée comme protectrice de « vrais » droits humains.

Ainsi, dans l'affaire *Mike Campbell et as. c. République du Zimbabwe*, le Tribunal de la Communauté de développement d'Afrique Australe (S.A.D.C.), appelé à régler un différend concernant la confiscation de biens d'agriculteurs blancs au Zimbabwe, a décidé que:

> [T]he differentiation of treatment meted out to the Applicants also constitutes discrimination as the criteria for such differentiation are not reasonable and objective but arbitrary and are based primarily on considerations of race. The aim of the Respondent in adopting and implementing a land reform programme might be legitimate if and when all lands under the programme were indeed distributed to poor, landless and other disadvantaged and marginalized individuals or groups[39].

9.

Les choses sont plus ambiguës quand on considère l'autre aspect – l'autre côté de la médaille –, la protection générale des droits de l'homme ; non plus ceux des investisseurs, mais, comme dans *Mike Campbell et as.*, ceux des populations concernées. Ici les deux branches du droit – investissement et droits de l'homme – divergent ; le recours aux règles protectrices des droits de l'homme n'est plus un moyen de protéger l'investisseur, mais de protéger *contre* celui-ci. Cette « divergence » est, cependant, plus limitée qu'il y paraît et peut être réduite par de multiples procédés :

9.1.

Une récente évolution jurisprudentielle pourrait y contribuer. Il s'agit du désormais célèbre – mais très discuté – quatrième critère entrant dans la définition d'un investissement au titre de l'article 25(1) de la Convention CIRDI dégagé initialement dans la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Salini c. Maroc* le 23 juillet 2001[40]. En effet, si « la contribution au *développement* économique de l'État d'accueil » est un élément de cette définition, les arbitres peuvent, sans trop d'artifice, considérer que la compatibilité de l'investissement avec le respect des droits fondamentaux de la personne humaine constitue une composante du « test *Salini* », le développement ne pouvant être assimilé à une notion purement quantitative.

---

[39] SADC, aff. n° 2/2007, arrêt, 28 novembre 2008, 52–54.

[40] CIRDI, *Salini Costruttorri Spa c. Maroc*, décision sur la compétence, 23 juillet 2001, trad. *in* E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, Paris, Pedone, 2004, 629-639.

9.2.

Il peut arriver que les États parties à un Traité Bilatéral d'Investissement (TBI) y incluent des dispositions expresses relatives à la protection des droits de l'homme, voire de certains droits spécifiques. Ainsi, l'article 13 du modèle de TBI des États-Unis de 2012 préserve expressément – quoiqu'en recourant à un langage juridiquement imprécis, les droits des travailleurs reconnus tant au plan universel que par le droit interne[41]. Pour sa part, le préambule du modèle norvégien de 2007 réaffirme l'engagement plus général des Parties contractantes « to democracy, the rule of law, human rights and fundamental freedoms in accordance with their obligations under international law, including the principles set out in the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights »[42].

9.3.

Les tribunaux arbitraux sont souvent expressément appelés par le texte les instituant à appliquer le droit international public à l'instar de ce que prévoit l'article 42(1) de la Convention de Washington de 1965 pour ce qui est des tribunaux CIRDI. Plus généralement, un « bilateral investment treaty is applicable in conjunction with 'the principles of international law' or 'the applicable rules of international law' »[43], en l'absence même de clause expresse en ce sens[44].

---

[41] Modèle de TBI des Etats-Unis de 2012, article 13 : « (1) The Parties reaffirm their respective obligations as members of the International Labor Organization ("ILO") and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up. (2) The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labor laws. Accordingly, each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its labor laws where the waiver or derogation would be inconsistent with the labor rights referred to in subparagraphs (a) through (e) of paragraph 3, or fail to effectively enforce its labor laws through a sustained or recurring course of action or inaction, as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory » Et le paragraphe 3 énumère les domaines précis dans lesquels cette prééminence est reconnue (disponible à l'adresse : http://italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf).

[42] Disponible à l'adresse : http://italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf.

[43] Y. Banifatemi, « The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration », in K. Yannaca-Small, *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, 197. Voir not. : CIRDI, *MTD Equity Sdn Bhd et MTD Chile SA c. Chili*, affaire no. ARB/01/7, sentence, 25 mai 2004, para. 87.

[44] Voir CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, para. 21; CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République arabe d'Egypte*, affaire n° ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992, ICSID Reports 1995, 208, para. 84 ; CIRDI, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Egypte*, affaire n° ARB/99/6, sentence, 12 avril 2002, para. 87 ; CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. République du Chili*, sentence, 25 mai 2004, para. 188.

La protection des droits de l'homme, qui fait partie du droit international général, peut donc être assurée par ce biais dans le contentieux de l'investissement.

9.4.

La règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités – et en particulier son paragraphe 3(c), qui impose d'interpréter un traité en tenant compte « en même temps que du contexte [...] de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » peut également faciliter la prise en compte des normes de droits de l'homme dans les arbitrages concernant des investissements[45].

10.

Ces dispositions (ou principes) peuvent donc sans aucun doute être invoqués par les États défendeur devant les tribunaux arbitraux en matière d'investissement. Ils se heurteront, cependant, à des obstacles non négligeables. Les tribunaux arbitraux ont en effet, en règle générale, tendance à suivre une logique d'investissement plutôt qu'à se fonder sur les règles protectrices des droits humains. Il existe plusieurs explications à cela, même s'il est difficile d'y voir des justifications convaincantes de ce strabisme prononcé vers l'investissement.

---

[45] B. Simma donne un exemple de l'utilisation qui aurait pu être faite de de cette disposition dans l'affaire *Piero Foresti et autres c. Afrique du Sud* (affaire CIRDI no. ARB(AF)/07/1, sentence, 4 août 2010): « In this case, the claimants maintained that the Black Economic Empowerment legislation enacted by South Africa violated the non-discrimination obligations under the BIT. The relevant rules of international law capable of informing the interpretation of these obligations are to be found in the 1965 Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), which recognizes in CERD article 1(4) that in circumstances where beneficial measures targeting certain groups are necessary in order to ensure that these groups are capable of exercising equal rights and freedoms, such positive discrimination will not constitute 'racial discrimination' as prohibited by CERD. More than that, CERD article 2(2) imposes an obligation on States to take such measures if the circumstances so warrant. Because CERD addresses the issue of (non-)discrimination for more than 170 States parties, it is appropriate to employ the definition in CERD for the interpretation of similar non-discrimination standards, like the one contained in our BIT. CERD articles 1(4) and 2(2) are both relevant rules in the interpretation of the non-discrimination provisions of the two BITs in question (the 1998 Benelux-South Africa BIT, and the 1997 Italy-South Africa BIT) [...] For this reason, and absent contrary language in the BITs themselves, the CERD provisions in articles 1(4) and 2(2) may be deemed relevant to the interpretation of non-discrimination in the two BITs. I admit that the example of CERD applied to the Foresti scenario is relatively uncomplicated insofar as the States parties to the BITs involved became also parties to CERD. It is more complicated if such treaty membership does not overlap, though this challenge may be met by resorting to the concept of obligations erga omnes », (Simma, « Foreign Investment Arbitration », 585-586). Voir aussi Wouters & Hachez, « When Rules and Values Collide », 334.

10.1.

La première raison de cette indifférence marquée par les arbitres à l'égard des droits de l'homme autres que le droit de propriété et les droits connexes tient sans doute avant tout au fait que les arbitres sont généralement issus du « secteur privé » (*lato sensu*) ; et, même si l'on peut noter une tendance récente à faire davantage appel à des internationalistes de droit public, les spécialistes de droit des affaires demeurent les plus sollicités – et l'on ne peut guère s'attendre à ce que des personnes qui, toute leur vie, ont été habitués à raisonner en termes de maximisation des profits et de protection des investissements privilégient l'intérêt général, ou plutôt à ce qu'ils conçoivent que la protection de l'investisseur d'une part, et celle de l'intérêt général ne coïncident pas forcément en tout . . . Comme l'a relevé Bruno Simma, il y a sûrement :

> [A] bit of reticence, *Berührungsangst*, vis-à-vis human rights within the foreign investment protection/arbitration profession. This might be in the investment arbitrators' genes, because what is probably the large majority of them has a private or commercial law rather than a public law or public international law background and might thus tend to see international human rights as a potential, or probable, cause of political disturbances, intruding in their 'purely legal', autonomous field, with its ground rules being determined by neo-liberal thought[46].

10.2.

Une autre raison de la timidité des tribunaux d'investissement à suivre les arguments basés sur le non-respect des droits de l'homme est que les droits les plus susceptibles d'être invoqués devant eux sont ceux de la « deuxième » et de la « troisième génération » – les droits à la santé, à un environnement sécurisé ou à l'eau potable en particulier ; ils sont si vagues, leur « pédigrée » juridique est tellement incertain que les tribunaux, non sans regret mais avec des raisons juridiques plutôt convaincantes, hésitent le plus souvent à se fonder sur ces droits. Il peut arriver qu'ils le fassent avec brutalité et sans trop s'embarrasser de nuances[47] :

> The Arbitral Tribunals agree in this regard with the Claimants that the reference to 'such rules of general international law as may be applicable' in the BITs does not incorporate the universe of international law into the BITs or into disputes arising under the BITs. [. . .] The Petitioners provided no evidence or support for their assertion that international investment law and international human rights law are interdependent such that any decision of these Arbitral Tribunals which did

---

[46] Simma, « Foreign Investment Arbitration », 576.

[47] Les formules ci-dessous reproduites du Tribunal dans l'affaire *Bernhard von Pezold* semblent d'autant plus abusivement générales, que les pétitionnaires (l'*European Center for Constitutional and Human Rights* et quatre communautés autochtones du Zimbabwe) invoquaient la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dont le caractère de droit positif peut être contesté.

> not consider the content of international human rights norms would be legally incomplete[48].

Plus souvent, les tribunaux arbitraux esquiveront la question en estimant qu'elle ne se pose pas. Ainsi, dans les affaires *Suez c. Argentine*, le Tribunal a constaté que :

> Argentina has suggested that its human rights obligations to assure its population the right to water somehow trumps its obligations under the BITs and the existence of the human right to water also implicitly gives Argentina the authority to take actions in disregard of its BIT obligations. The Tribunal does not find a basis for such a conclusion either in the BITs or international law. Argentina is subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligations, and must respect both of them. Under the circumstances of this case, Argentina's human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive[49].

Tel était peut-être le cas, mais on ne peut échapper à l'impression que nier le conflit entre les obligations invoquées est une manière facile de n'avoir pas à le trancher avec le risque de devoir établir une hiérarchie entre elles[50].

Il n'en reste pas moins que, même s'ils n'entraînent que des obligations corrélatives de comportement, ces droits de deuxième et troisième génération sont juridiquement contraignants et que les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires à leur mise en œuvre. Il ne peut donc être exclu qu'un État puisse légitimement modifier les conditions d'un investissement dans l'intérêt supérieur

---

[48] CIRDI, *Bernhard von Pezold et al./Border Timbers Limited et al. c. République du Zimbabwe*, affaires no. ARB/10/15 et ARB/10/25, ordonnance procédurale, 26 juin 2012, paras. 57-58 et 60.

[49] CIRDI, *Suez et al. c. République argentine*, affaires no. ARB/03/19 et ARB/03/19, sentences, 30 juillet 2010, respectivement paras. 240 et 262. Voir aussi : CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire no. ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, para. 121 : « In this case, the Tribunal does not find any such collision. First because the Constitution carefully protects the right to property, just as the treaties on human rights do, and secondly because there is no question of affecting fundamental human rights when considering the issues disputed by the parties » ; pour d'autres exemples, voir : CIRDI, *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica*, affaire no. ARB/96/1, sentence, 17 février 2000, para. 72 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire no. ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, paras. 114 et 121; *Azurix Corp. c. République argentine*, para. 261 ; CIRDI, *Siemens A.G. c. République argentine*, para. 79 et CIRDI, *Sempra Energy International c. République argentine*, affaire no. ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, paras. 331-332.

[50] En ce sens voir Dupuy & Viñuales, « Human Rights and Investment ». Les auteurs font référence à J.E. Viñuales, « Conflit de normes en droit international: normes environnementales vs. protection des investissements », in SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, 2010, 407. Voir aussi : Wouters & Hachez, « When Rules and Values Collide », 333.

de la population[51], qu'il s'agisse, par exemples, de faire respecter le droit à l'eau ou à la santé[52]. Tout est ici question d'équilibre[53].

Et, bien que le Tribunal CIRDI constitué dans l'affaire *Suez c. Argentine* ne l'ait pas suivie, l'approche systémique invoquée par un *amicus curiae* (le Centre pour le Droit international de l'environnement) fournit à cet égard une piste que l'on aurait tort d'écarter d'un revers de mains :

> In application of this principle of systemic interpretation, human rights law can add color and texture to the standards of treatment included in a BIT. In addition, systemic interpretation is particularly apt when the terms of a treaty are by their nature open-textured, such as the fair and equitable treatment standard. A contextual interpretation of language in a BIT is also necessary because investment and human rights law seem to encounter frictions at the level of regimes, particularly in regards to quantitative policy space available for social development. Indeed, the 'regulatory chill' that may result from certain interpretations of investment disciplines could reduce the capabilities of States to fulfill their human rights obligations, including their duty to regulate. In that sense, a contextual interpretation leads to normative dialogue, accommodation, and mutual supportiveness among human rights and investment law[54].

Telle est, semble-t-il la démarche qu'a suivie le Tribunal constitué dans l'affaire *Saur International c. Argentine* :

> En réalité, les droits de l'homme en général, et le droit à l'eau en particulier, constituent l'une des diverses sources que le Tribunal devra prendre en compte pour résoudre le différend car ces droits sont élevés au sein du système juridique argentin au rang de droits constitutionnels, et, de plus, ils font partie des principes généraux du droit international. L'accès à l'eau potable constitue, du point de vue de l'État, un service public de première nécessité et, du point de vue du citoyen, un droit fondamental. Pour ce motif, en cette matière, l'ordre juridique peut et doit réserver à l'Autorité publique des fonctions légitimes de planification, de supervision, de police, de sanction, d'intervention et même de résiliation, afin de protéger l'intérêt général.
>
> Mais ces prérogatives sont compatibles avec les droits des investisseurs à recevoir la protection offerte par l'APRI. Le droit fondamental à l'eau et le droit de l'investisseur à bénéficier de la protection offerte par l'APRI opèrent sur des plans différents : l'entreprise concessionnaire d'un service public de première nécessité se trouve dans une situation de dépendance face à l'administration publique, qui dispose de pouvoirs spéciaux pour en garantir la jouissance en raison de la souveraineté du droit fondamental à l'eau ; mais l'exercice de ces pouvoirs ne se fait pas de façon absolue

---

51 Dans le même sens : Simma, « Foreign Investment Arbitration », 586-590.

52 Voir les Observations générales no. 14 (UN doc. E/C.12/2000/4, 11 août 2000) et 15 (UN doc. E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003) du Comité des Droits économiques, sociaux et culturels.

53 Voir aussi Simma, « Foreign Investment Arbitration », 593-595.

54 CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., et Vivendi Universal S.A. c. République argentine*, affaire no. ARB/03/19, *amicus curiae*, 4 avril 2007, 15. Sur l'interprétation systémique, voir aussi Dupuy & J.E. Viñuales, « Human Rights and Investment ».

> et doit, au contraire, être conjugué avec le respect des droits et des garanties octroyés à l'investisseur étranger en vertu de l'APRI[55]. [...] Contrebalancer ces deux principes sera la tâche que le Tribunal devra effectuer lors de son analyse des prétentions substantives présentées par Sauri[56].

10.3.

Les tribunaux arbitraux tentent parfois d'échapper à leur responsabilité et de s'exonérer de l'application des normes protectrices des droits de l'homme en affirmant leur incompétence[57]. Il est exact que ces instances n'ont qu'une juridiction d'attribution, qui ne leur permet que de statuer sur les différends relatifs aux investissements. Mais, la compétence et le droit applicable sont deux choses différentes et, dans la plupart des cas, les tribunaux en question sont appelés à appliquer le droit international et la protection des droits de l'homme y est assurée[58].

Comme on l'a écrit : « [H]uman rights treaties agreed to by all the parties concerned should be considered 'relevant rules of international law' and can help arbitral tribunals to arrive at 'harmonious interpretations' of investment and human rights instruments, and to take account of the evolution of the wider body of international law in interpreting investment instruments »[59]. On ne peut que se rallier à cette façon de voir tout en reconnaissant que le lien « between international human rights norms and the specific measures adopted by a State at the domestic level may be difficult to establish »[60].

11.

On peut noter à cet égard que la situation est différente dans le cadre du mécanisme de règlement des différends à l'OMC. Non seulement les groupes spéciaux et, en dernière instance, l'Organe d'appel, ont une compétence limitée, mais le droit applicable par eux est strictement défini et limité : ils ne peuvent appliquer que les « accords visés » énumérés dans une annexe au Mémorandum d'accord

---

55 Accord relatif à la promotion et la protection mutuelle des investissements entre l'Argentine et la France, 3 juillet 1991.

56 CIRDI, *Saur International S.A. c. République argentine*, affaire no. ARB/04/4, sentence, 6 juin 2012, paras. 330-332.

57 CNUDCI, *Biloune et Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investments Centre et le Gouvernement du Ghana*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 27 octobre 1989, *International Law Reports*, 1994, 184, para. 213 ; voir aussi CIRDI, *Bernhard von Pezold et al.*, para. 59.

58 Voir section 9.3. ci-dessus.

59 Wouters & Hachez, « When Rules and Values Collide », 334; voir aussi: F. Horchani, « Les droits de l'homme », 157.

60 Dupuy & J.E. Viñuales, « Human Rights and Investment », citant CIRDI, *Siemens A.G. c. République argentine*, para. 79.

sur le règlement des différends[61]. Bien que le cas ne se soit jamais présenté, on peut soutenir que, s'il appartient sans aucun doute aux organes de l'OMC de prendre en considération les principes et traités de droits de l'homme pour l'interprétation des « accords visés » en question, ils ne pourraient pas les *appliquer*[62]. Le problème se pose différemment dans le cadre du droit des investissements qui est – ou devrait être ? – plus « ouvert » aux considérations liées aux droits de l'homme que ne peut sans doute l'être le droit de l'OMC.

12.

Les tribunaux compétents dans le domaine des investissements n'appliquent les règles protectrices des droits de l'homme qu'avec parcimonie, prudence et réticence. Mais des constatations « symétriques » peuvent être faites si l'on examine la jurisprudence des organes de droits de l'homme en matière de protection des droits des investisseurs.

12.1.

En premier lieu, il semble que les organes de droits de l'homme citent fort rarement la jurisprudence des tribunaux compétents en matière d'investissements[63]. Il est vrai que, largement enfermés dans leur tour d'ivoire, ils citent également peu la jurisprudence internationale (générale).

Il existe cependant au moins un cas dans lequel une même personne a saisi successivement, et même simultanément, le CIRDI et une Cour régionale des Droits de l'homme. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2011, la Cour européenne a relevé que l'affaire qui lui était soumise avait fait l'objet de procédures devant le CIRDI – dont l'une était à l'époque toujours pendante[64] ; toutefois, elle n'a pas

---

[61] Voir les Articles 1(1) et 7(1) du Mémorandum d'Accord sur le Règlement des Différends (MARD).

[62] Voir G. Marceau, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *European Journal of International Law*, 13(4), 2002, 753-814.

[63] Il y a quelques exceptions ; voir par exemple : Cour EDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, requête n° 13427/87, arrêt, 9 décembre 1994, Série A No 301-B, para. 72 (dans cet arrêt la Cour Européenne des Droits de l'Homme se réfère aux sentences rendues dans les affaires *Lena Goldfields Company Ltd c. gouvernement soviétique* (sentence du 2 septembre 1930, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 5 (1929-1930) (affaire no. 258)) et *Texaco Overseas Petroleum Company et California Asiatic Oil Company c. gouvernement de la République arabe de Libye* (décision préliminaire du 27 novembre 1975, *International Law Reports*, vol. 53, 1979, 393) pour affirmer que « la résiliation unilatérale d'un contrat reste sans effet à l'égard de certaines clauses essentielles de celui-ci »).

[64] Cour EDH, *Kemal Uzan c. Turquie*, requête n° 18240/03, arrêt, 29 mars 2011, paras. 37-38.

estimé « nécessaire d'examiner les deux exceptions d'irrecevabilité soulevées par le Gouvernement, la requête étant en tout état de cause irrecevable pour défaut manifeste de fondement [...] »[65].

Dans les affaires *Yukos*, plusieurs personnes morales et physiques ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme et un tribunal arbitral (la Cour Permanente d'Arbitrage) de faits en partie identiques. Les deux instances se sont reconnues compétentes ; mais, au raisonnement purement technique du Tribunal, la Cour ajoute une dimension clairement « droits-de-l'hommiste ». Après avoir écarté l'exception d'incompétence[66] du fait que les deux requêtes n'étaient pas « essentiellement les mêmes »[67], elle rappelle ce qu'elle avait dit dans sa décision sur la recevabilité dans la même affaire :

> Human rights cases before the Court generally also have a moral dimension, which it must take into account when considering whether to continue with the examination of an application after the applicant has ceased to exist. All the more so if the issues raised by the case transcend the person and the interests of the applicant... [68]

L'affaire *Kin-Stib et Majkić c. Serbie*, dans laquelle les requérants se plaignaient de la non-exécution d'une sentence arbitrale[69], confirme sans surprise l'importance particulière que la Cour de Strasbourg accorde aux considérations relatives aux droits de l'homme. Il s'agissait d'une décision rendue par une Cour arbitrale interne ; mais le raisonnement suivi par la Cour européenne pour donner en partie satisfaction aux plaignants pourrait également s'appliquer à des sentences transnationales :

> The Court notes that a 'claim' can constitute a 'possession', within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, if it is sufficiently established to be enforceable (see *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, § 40, ECHR 2002-III). It further recalls that it is the State's responsibility to make use of all available legal means at its disposal in order to enforce a binding arbitration award providing it contains a sufficiently established claim amounting to a possession (see, *mutatis mutandis, Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, §§ 61 and 62, Series A no. 301-B). Finally, the State must make sure that the execution of such an award is carried out without undue delay and that the overall system is effective both in law and in practice (see Marčić and Others v. Serbia, no. 17556/05, § 56, 30 October 2007) »[70].

---

[65] *Ibid.*, para. 63. De son côté, le Tribunal CIRDI saisi de l'une de ces affaires s'est déclaré également incompétent sans se préoccuper de la procédure devant la CEDH (CIRDI, *Libananco Holdings Co. Limited c. République Turquie*, affaire no. ARB/06/8, sentence, 2 septembre 2011).

[66] Cour EDH, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, requête no. 14902/04, arrêt, 20 septembre 2011, paras. 525-526.

[67] Voir l'article 35, paragraphe 2(b) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

[68] *Ibid.*, citant Cour EDH, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, para. 441.

[69] Cour EDH, *Kin-Stib et Majkić c. Serbie*, requête no. 12312/05, arrêt, 20 avril 2010, para. 85.

[70] *Ibid.*, para. 83. Un auteur estime cependant que, tout en étant possible à certaines conditions, la transposition du raisonnement de la Cour aux sentences CIRDI ne va pas

12.2.

Sur le fond, il y a assurément, des nuances entre la manière dont les organes de droits de l'homme d'une part, les tribunaux arbitraux compétents en matière d'investissement d'autre part traitent les questions similaires qui peuvent leur être soumises. Toutefois, il ne faut pas exagérer cette différence d'approche.

La protection du droit à la propriété privée par les cours régionales des droits de l'homme se distingue, à certains égards, de celle des intérêts des investisseurs par les tribunaux CIRDI ou équivalents. Ainsi, répondant d'une certaine manière à la position trop tranchée adoptée par le Tribunal CIRDI dans l'affaire *Bernhard von Pezold* [71], la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'a pas hésité à faire prévaloir la Convention de San José sur le Traité bilatéral d'investissement conclu en 1993 entre l'Allemagne et le Paraguay :

> [T]he Court considers that the enforcement of bilateral commercial treaties negates vindication of non-compliance with state obligations under the American Convention; on the contrary, their enforcement should always be compatible with the American Convention, which is a multilateral treaty on human rights that stands in a class of its own and that generates rights for individual human beings and does not depend entirely on reciprocity among States[72].

Il s'agit là d'un cas extrême. Mais une enquête empirique montre que les Cours de droits de l'homme tiennent sans doute davantage compte que les tribunaux transnationaux des intérêts supérieurs de l'État et de la marge d'appréciation dont les autorités publiques bénéficient pour les faire prévaloir. Pour n'en donner qu'un exemple, dans son arrêt *James c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, la Cour européenne a estimé que :

> [S]ans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constituerait d'ordinaire une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 [du Protocole 1 à la Convention]. Ce dernier ne garantit pourtant pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale. Des objectifs légitimes 'd'utilité publique', tels qu'en poursuivent des mesures de réforme économique ou de justice sociale, peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande. En outre, le contrôle de la Cour se borne à rechercher si les modalités choisies excèdent la large marge d'appréciation dont l'États jouit en la matière[73].

---

de soi (Y. Kryvoi, « *Kin-Stib & Majkić v. Serbia* (ECtHR), Introductory Note by Yaraslau Kryvoi », *International Legal Materials*, 49(4), 2010, 1181-1194).

[71] Voir section 10.2. ci-dessus, en part. note 48.

[72] Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH), *Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 29 mars 2006, para. 140.

[73] Cour EDH, *James c. Royaume-Uni*, requête no. 8793/79, arrêt, 21 février 1986, Série A No 98, para. 54 ; voir aussi le para. 46. Voir aussi Cour EDH, *Lithgow c. Royaume-Uni*, arrêt, 8 juillet 1986, Série A No 102, para. 121 ; Cour EDH, *Scordino c. Italie*, requête no. 36813/97, arrêt 29 mars 2006, para. 95 et Cour EDH, *Urbárska Obec Trenčianske Biskupice c. Slovaquie*, requête no. 74258/01, arrêt, 27 novembre 2007, paras. 114-115. Comp. : CIRDI, *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica*, affaire no. ARB/96/1,

Et, lorsqu'il s'agit de calculer le montant de l'indemnité due au propriétaire atteint dans ses droits, les Cours de Droits de l'homme n'ont pas l'approche comptable qui caractérise souvent la jurisprudence en matière d'investissement, mais elles statuent de façon presque avouée en équité, tout en se montrant plus « généreuse » en ce sens qu'elles accordent également des dommages-intérêts pour des préjudices non pécuniaires, notamment en cas de lenteur excessive de la procédure de réparation[74].

De cette manière, les Cours de droits de l'homme se montrent, différemment des tribunaux arbitraux, sensibles à la nécessité de préserver les droits de l'investisseur (même si elles assurent cette préservation au titre de la protection due au droit de propriété et non à l'investissement en tant que tel). Ainsi, mais ce n'est qu'un exemple parmi beaucoup d'autres, « [t]he European Court of Human Rights has nor attempted to define what is a *de facto* expropriation in the Convention system. But ever since the *Sporrong and Lonnroth v. Sweden* case, there have been numerous applications which could be classified under this heading. These are normally cases in which no formal expropriation procedure took place, but where the interference with the rights of an owner is so intense, serious, and usually durable that its effects resemble closely chose of an expropriation[75] »[76].

---

sentence, 17 février 2000, para. 71: « While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking » ; ou CIRDI, *Saur International S.A. c. République argentine*, para. 413.

74 Voir Tomuschat, « The European Court of Human Rights », 654-655. L'auteur renvoie aux affaires suivantes: Cour EDH, *Comingersoll c. Portugal*, requête no. 35382/97, arrêt, 6 avril 2000, para. 36; Cour EDH, *Tor di Valle c. Italie*, requête no. 45862/99, arrêt, 9 novembre 2000, para. 15 ; Cour EDH, *Société industrielle d'entretien et de service (SIES) c. France*, requête no. 56198/00, arrêt, 19 mars 2002, para. 15 ; Cour EDH, *Société Comabat c. France*, requête no. 51818/99, arrêt, 26 mars 2002, para. 19 ; Cour EDH, *Sociedad Agrícola do Peral et autres c. Portugal*, requête no. 55340/00, arrêt, 30 juillet 2003, para. 31 et Cour EDH, *Société au service du développement c. France*, requête no. 40391/02, arrêt, 11 avril 2006, para. 39.

75 [*Skibinscy v. Poland*, No. 52589/99, 14 November 2006 (impossibility of building on land designated for expropriation at some undetermined date, without any compensation); *Weber v. Germany*, No. 55878/00, Inadmissibility Decision, 23 October 2006; *Fleri Soler and Camilleri v. Malta*, No. 35349/05, 26 September 2006 (requisition of building for government use in 1941 and imposition of quasi-lease agreement that had lasted 65 years); *Chigo v. Malta*, No. 31122/05, 26 September 2006 (requisition of building for use of third-party tenants and imposition of a quasi-lease agreement that had lasted 22 years). See also *Bugajny et al. v. Poland*, No. 22531/05, 6 November 2007 (State's refusal to expropriate privately owned land used as public road and public property); *Longobardi v. Italy and Perinelli v. Italy*, Nos 7670/03, 7718/03, Inadmissibility Decision, 26 June 2007 (absolute prohibition, without compensation, on building in Rome on land designated as building land, in order to protect view of a nearby ancient mausoleum].

76 L. Wildhaber & I. Wildhaber, « Recent Case Law on the Protection of Property in the European Convention on Human Rights », in *International Investment Law for the 21st Century*, 666-667.

13.

Comme David Kennedy à propos des militants des droits de l'homme[77], on peut se demander si le droit des droits de l'homme et celui de l'investissement créent les problèmes liés à la fragmentation du droit international ou si, au contraire, ils contribuent à les résoudre.

Il ne fait aucun doute que l'irruption de l'un et de l'autre, avec un petit décalage dans le temps, dans la sphère du droit international a profondément marqué celui-ci – et en grande partie dans le même sens : il a cessé d'être exclusivement le droit entre les États pour devenir – aussi – celui de la communauté internationale[78] ; la qualité de sujet du droit des gens des personnes privées en est devenue indiscutable (même si elle demeure curieusement discutée . . .) ; et, dans ces domaines, le droit international s'en est trouvé « juridictionnalisé », sans que les autres branches du droit international en soient guère contaminées[79]. À ces divers points de vue, on peut d'ailleurs considérer ces deux branches du droit international comme des facteurs de fragmentation de celui-ci : elles présentent des traits communs (qu'elles partagent aussi en grande partie avec le droit international pénal) – mais très largement hétérodoxes par rapport aux caractéristiques usuelles de l'ordre juridique international. Il n'en reste pas moins que ces

---

77 Voir Kennedy, « The International Human Rights Movement ».

78 Voir R.-J. Dupuy, *Le droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France (Collection : « Que sais-je? » no. 1060), 2001 ; du même auteur, « Communauté internationale et disparités de développement », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 165, 1979–IV, 13-231; ou P.M. Dupuy, « Humanité, communauté et efficacité du droit », in *Humanité et droit international : Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, 133-148 ; voir aussi A. Pellet, « Les transformations de la gouvernance mondiale », in Société Française pour le Droit International, Colloque de Nancy, *L'État dans la mondialisation*, Paris, Pedone, 2013, 563–571.

79 La création de l'Organe de Règlement des Différends (ORD) par les Accords de Marrakech créant l'OMC répond à une autre logique, plus interétatique, malgré quelques signes de « privatisation » (voir not. l'ouverture à des *amicus curiae* de la procédure devant les groupes spéciaux et l'Organe d'appel – cf. *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, DS/58, rapport du Groupe spécial, 15 mai 1998, paras. 7(7)-7(10) et rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, paras. 79-91; *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, DS/138, rapport du Groupe spécial, 23 décembre 1999, para. 6(3) et rapport de l'Organe d'appel, 10 mai 2000, paras. 36-42 et *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, DS/135, rapport du Groupe spécial, 18 septembre 2000, paras. 8(12)–8(14). Voir aussi P. Ala'i, « Judicial Lobbying at the WTO : The Debate over the Use of *amicus curiae* Briefs and the U.S. Experience », *Fordham International Law Journal*, 24(1), 2000, 62-94 ; L. Boisson de Chazournes & M.M. Mbengue « L'*amicus curiae* devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC », in S. Maljean-Dubois (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 400-443 et G. Marceau, « Practical Suggestions for *amicus curiae* Briefs Before WTO Adjudicating Bodies », *Journal of International Economic Law*, 4(1), 2001, 155-187.

« féodalités normatives »[80] relèvent de celui-ci : elles sont l'une et l'autre imprégnées du concept irréductible de souveraineté de l'État[81], se réfèrent aux mêmes sources que ses autres branches, et font appel aux mêmes principes généraux.

14.

Droit de l'investissement et droit des droits de l'homme n'ont, au demeurant, pas une égale vocation à influer sur le droit international dans son ensemble : alors que le premier est sans doute appelé à n'exercer qu'une influence limitée sur ses règles substantielles[82], le second est certainement en situation de l'imprégner profondément même si ses relations avec le droit international général ne doivent pas être simplifiées à l'excès, à la manière « droits-de-l'hommiste »[83]. Cinq propositions sommaires peuvent être avancées à cet égard :

14.1.

Tout d'abord, certains droits de l'homme sont investis d'une « valeur » juridique supérieure au niveau international. Mais ce n'est pas en raison de leur caractère de droits de l'homme en tant que tel ; cela tient au fait qu'ils ont acquis le statut de « normes impératives du droit international général ». Il n'est pas utile d'y revenir[84] : les droits de l'homme sont certainement la principale province du *jus cogens* et, lorsqu'il sont « impératifs », ils ont un rôle privilégié à jouer dans le droit international général. Mais ce rôle doit être évalué à sa juste mesure.

Comme le prévoit l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, tout traité en conflit avec une telle norme – qu'il s'agisse de droits de l'homme ou non – serait nulle et non avenue. De même, les « violations graves d'obligations découlant de normes impératives » ont des conséquences particulières (et pas seulement celles qui sont énumérées à l'Article 42 des Articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite)[85].

---

[80] Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », 429.

[81] V. Ch. Chaumont, « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, 114-151.

[82] Pour un exemple de la réticence de la CIJ à reconnaître l'applicabilité générale des principes du droit de l'investissement, voir CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires*, arrêt, 24 mai 2007, CIJ Recueil 2007, 614-615, paras. 88-90.

[83] Voir section 1 ci-dessus.

[84] Voir section 5 ci-dessus.

[85] Annexe à la Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, 12 décembre 2001. Voir A. Pellet, « Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international », in CDI, Alain Pellet (dir.), *Le droit international à l'aube du XXI*ème *siècle – Réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997, 307-314.

Mais cela ne veut pas dire que définir un droit de l'homme (ou, d'ailleurs, toute autre règle de droit international) comme impératif sera un « atout maître » dans toutes les situations. La jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice est intéressante à cet égard ; dans deux arrêts récents, elle a fermement rappelé que le caractère *cogens* de la norme n'entraîne pas de conséquences procédurales ou juridictionnelles :

– dans *RDC c. Rwanda*, la Haute Juridiction a jugé que « le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général *(jus cogens)* seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties »[86] ;

– plus récemment, dans *Allemagne c. Italie*, la CIJ a déclaré que « [à] supposer [...] que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'Etat. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes »[87].

14.2.

Seconde proposition : le caractère de droit humain d'une norme juridique particulière n'est pas toujours décisif. Là encore, la (relativement) récente jurisprudence de la CIJ est un bon exemple – il s'agit de l'affaire *LaGrand*, dans laquelle l'Allemagne a mis en cause la responsabilité des États-Unis pour violation de l'article 36, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires. Dans son arrêt, la Cour a noté à juste titre qu'elle n'avait pas besoin « d'examiner l'argumentation supplémentaire de l'Allemagne tendant à fonder une [...] obligation [à la charge des États-Unis] sur le fait que le droit d'une personne détenue d'être informée sans retard aux termes du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne ne serait pas seulement un droit individuel, mais aurait aujourd'hui acquis le caractère d'un droit de l'homme » puisqu'elle avait déjà déterminé que les États-Unis avaient violé cette obligation[88]. Ceci conduit à une remarque plus générale.

---

[86] CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité*, arrêt, 3 février 2006, CIJ Recueil 2006, 51-52, para. 125 (voir aussi 31-32, para. 64).

[87] CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, 3 février 2012, para. 93.

[88] CIJ, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, CIJ Recueil 2001, 514, para. 126.

14.3.

Assurément, les droits de l'homme présentent des caractères spéciaux. Mais cette spécificité ne peut pas être un prétexte pour les couper de manière rigide des règles générales du droit international ou, pour le dire légèrement autrement, les règles générales du droit international sont parfaitement capables de faire face aux spécificités présumées des droits humains. La question des réserves aux traités de droits de l'homme fournit une illustration de cette importante proposition.

En 2011, la Commission du Droit international a adopté son *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*[89]. Aucune des 182 directives qui, avec les commentaires dont elles sont assorties, constituent ce Guide, ne mentionne expressément les droits de l'homme[90], alors même que les conventions relatives aux droits humains sont certainement la catégorie de traités qui attire le nombre le plus important de réserves.

La raison de ce silence est que, après mûre réflexion – et, parfois, de grandes joutes (y compris avec les organes de droits de l'homme), la Commission est arrivée à la conclusion qu'il n'était pas utile de forger un régime spécial pour les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme: les règles générales s'appliquent – et si elles ne s'appliquent pas, il n'est nul besoin d'inventer de nouvelles règles. Le meilleur exemple est le « problème » de la réciprocité. Mais, à vrai dire, *ce n'est pas* un problème.

Indiscutablement, la réciprocité n'est présente que tout à fait marginalement dans les instruments de droits de l'homme. Ceci a été clairement reconnu par la CIJ[91] et les Cours régionales des droits de l'homme[92]. Cependant, cette spécificité ne rend pas pour autant le régime général des réserves inapplicable. Bien sûr, conséquence de la nature même des clauses « non réciproques » auxquelles s'appliquent les reserves, « the reciprocal function of the reservation mechanism is almost meaningless »[93]. Mais l'application réciproque des réserves n'est pas indispensable au bon fonctionnement des règles de Vienne. Toute règle de droit

---

[89] AGNU, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 63ème session*, UN doc. A/66/10/add.1. L'auteur de ces lignes a été Rapporteur spécial de la CDI sur ce sujet.

[90] Bien sûr, l'expression apparaît abondamment dans les commentaires – pas moins de 144 fois, et même 355 fois si l'on inclut les notes de bas de page.

[91] CIJ, *Réserves à la Convention sur le Génocide*, avis consultatif, 28 mai 1951, CIJ Recueil 1951, 23.

[92] Cour EDH, *Loizidou c. Turquie, objections préliminaires*, requête no. 15318/89, Grande chambre, arrêt, 23 mars 1995, Série A No 310, para. 70, citant *Irlande c. Royaume-Uni*, requête no. 5310/71, (1978) Séries A No 25, para. 239. Voir aussi Cour IDH, *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts 74 and 75)*, avis consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982, Série A No 2 ; et Comité des Droits de l'Homme, Observation générale no. 24 (52), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994), para. 17.

[93] R. Higgins, « Human Rights: Some Questions of Integrity », *Commonwealth Law Bulletin*, 15(2), 1989, 9.

ne s'applique que lorsqu'elle est applicable . . . : lorsqu'une réserve valable est faite à une clause non-réciproque, l'article 21, paragraphes 1(b) ou 3 de la Convention de Vienne de 1969 (qui prévoient des effets réciproques des réserves) ne s'appliquera tout simplement pas. Et c'est tout.

Un autre exemple est celui des traités portant sur une pluralité de droits de l'homme. Jusqu'à la quasi-dernière minute – c'est-à-dire jusqu'en 2010 – on a pensé qu'il serait utile de consacrer une directive particulière dans le *Guide de la pratique* aux questions spécifiques concernant la détermination de l'objet et du but des « traités généraux de droits de l'homme » comme les Pactes de 1966 ou les conventions régionales des droits de l'homme[94]. Cependant, au cours de la dernière lecture, la Commission a constaté qu'il n'y avait aucune raison d'individualiser les traités de droits de l'homme puisque les mêmes considérations entraient en jeu pour tous les traités contenant de nombreux droits et obligations interdépendants. Et c'est pour cette raison que la Commission a finalement adopté la directive 3.1.5.6 concernant les réserves non pas au « traités généraux de droits de l'homme », mais aux « traités contenant de nombreux droits et obligations interdépendants » en général[95].

14.4.

Ceci conduit à une quatrième proposition : s'il est vrai que les règles relatives à la protection des droits de l'homme présentent certaines particularités par rapport aux autres normes du droit international – spécificités qu'elles partagent en tout ou en partie avec des règles relevant d'autres domaines du droit international, comme le droit des investissements, mais aussi la protection de l'environnement ou le désarmement, et même à certains égards, les règles uniformes de droit international privé, il est également vrai que toutes enrichissent le *corpus* du droit international général. L'exemple précédent illustre cette situation : c'est en réfléchissant sur les traités de droits de l'homme complexes que la CDI est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait ni nécessité ni raison d'individualiser les traités relatifs aux droits de l'homme. De même, c'est après de longs débats avec les organes des droits de l'homme que la Commission a adopté la directive

---

94 Voir le projet de directive 3.1.12 (« Pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité général de protection des droits de l'homme, il convient de tenir compte du caractère indissociable, interdépendant et intimement lié des droits qui y sont énoncés ainsi que de l'importance que revêt le droit ou la disposition faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité et de la gravité de l'atteinte que lui porte la réserve. » *AGNU*, UN Doc. A/62/10, (2007), 116-119.

95 Directive 3.1.5.6 (Réserves aux traités contenant de nombreux droits et obligations interdépendants): « Pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité contenant de nombreux droits et obligations interdépendants, il convient de tenir compte de cette interdépendance ainsi que de l'importance que revêt la disposition faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité et de l'ampleur de l'atteinte que lui porte la réserve ».

cruciale 4.5.3 sur le « Statut de l'auteur d'une réserve non valide à l'égard du traité », qui offre une solution équilibrée à l'une des questions les plus litigieuses concernant les réserves aux traités, la divisibilité d'une réserve non valide – question qui, depuis longtemps, a fortement divisé les organes conventionnels des droits de l'homme, d'une part, et les défenseurs du régime « général » des réserves tel qu'il est fixé dans les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969, d'autre part[96].

Mais il y a plus que cela : il faut rappeler que le changement radical dans le droit des réserves s'est produit à la suite de l'avis consultatif de la CIJ de 1948 sur les *Réserves à la convention sur le génocide* – un traité de droits de l'homme précisément. Depuis lors, et en dépit de la « résistance » de la CDI jusqu'en 1962, les règles, inventées puis appliquées par la Cour, sont devenues le « système souple » applicable à toutes les réserves, quel que soit l'objet des traités concernés.

14.5.

Cela dit, l'influence des droits de l'homme sur le droit international public général est bien sûr beaucoup, beaucoup plus large et il n'est pas exagéré de considérer que leur irruption au niveau international a profondément changé la nature même du droit international public.

Contrairement à une idée toute faite et erronée, le droit international contemporain n'est pas fragmenté – ni même dans un processus de fragmentation. Il évolue. Et, dans cette évolution, les droits de l'homme ont joué un rôle non pas exclusif, mais tout à fait décisif. Ils sont une partie prenante importante dans l'évolution générale de ce qu'on pourrait appeler l'« objectivation » du droit international[97]. Le droit de l'investissement a exercé une influence dans le même sens, mais certainement avec une « intensité » moindre – ne fût-ce que parce que la marche avait été ouverte avec l'internationalisation de la protection des droits humains.

À vrai dire, le droit des droits de l'homme comme celui des investissements sont, si l'on veut, des « fragments » du droit international, car ils font l'un et l'autre partie de celui-ci ; et, du même coup, inégalement, ils ont profondément et durablement, influencé son évolution. Mais, encore une fois, cela ne signifie pas que le droit international est fragmenté ou qu'il est en train de se fragmenter – cela signifie simplement que les choses progressent ; lentement mais surement. Le droit des droits de l'homme et, dans une mesure moindre, celui de l'investissement, constituent de puissants facteurs de ce progrès.

---

[96] Cf. le commentaire de cette directive dans le *Guide de la pratique*, voir note 89 ci-dessus.

[97] Voir section 13 ci-dessus.

CHAPITRE TRENTE-SIX

JURIDICTION ÉTATIQUE ET IMPUTATION DES VIOLATIONS EXTRATERRITORIALES DES DROITS DE L'HOMME: QUELQUES OBSERVATIONS

Pasquale De Sena*

1. Introduction

Il est notoire que les traités en matière de droits de l'homme, tout particulièrement ceux relatifs aux droits civils et politiques, prévoient des règles générales imposant aux États le respect des droits garantis dans le cadre de leur « juridiction »[1].

Il est d'ailleurs pareillement notoire qu'en dépit de l'inspiration souvent « territorialiste » des règles en question[2], les organes de contrôle établis par ces traités

* Professeur de Droit international et de Droit international des droits de l'homme à l'Université Catholique de Milan, et de Droit international des droits de l'homme à l'Université de Naples « Federico II ». À la seule exception de la mise à jour concernant l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir note 40), le présent travail et l'analyse de la pratique qui y est prise en compte ont été conclus début 2012.

[1] Voir, par exemple, sur le plan régional, l'art. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (qui parle de personnes « relevant de la juridiction » des États contractants) et l'art. 1 de la Convention américaine des droits de l'homme (qui se réfère aux personnes « subject » à la « jurisdiction » des États parties) ; sur le plan universel, voir l'art. 2, para. 1, du Pacte sur les droits civils et politiques des Nations Unies (qui parle d'individus dans [« within »] le territoire [« territory »] des États parties au Pacte et « subject to their jurisdiction ») ; l'art. 2, para. 1, de la Convention sur l'interdiction de la torture des Nations Unies (qui impose à chaque État contractant de prévenir « [...] acts of torture in any territory subject to its jurisdiction »); l'art. 4 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale (qui impose aux Etats contractants de prévenir toutes les pratiques discriminatoires « [...] in territories under their jurisdiction ») ; pour une description analytique, voir O. Ben-Naftali & Y. Shany, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, 37(1), 2003-2004, 58ss., M. Milanovic, « From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties », *Human Rights Law Review*, 8, 2008, 415.

[2] L'inspiration « territorialiste » de l'art. 2, para. 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que des articles 2, para. 1, de la Convention des Nations Unies sur la torture, et 4 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale, émerge

ont marqué une forte tendance à affirmer la responsabilité des États parties pour des violations « extraterritoriales » des droits garantis.

Pendant les dernières années, cette tendance a été à l'origine d'un certain nombre d'études approfondies concernant la notion de « juridiction »[3]. Ces études ont, d'une part, essayé de reconduire la notion de juridiction développée par cette pratique jurisprudentielle aux catégories juridiques du droit international[4], ou, d'autre part, envisagé pour cette notion une dimension autonome[5].

Dès la moitié des années quatre-vingt, dans le cadre de ce débat fut proposé l'idée selon laquelle la notion de juridiction avait été dépassée par les développements de la pratique. Plus exactement, l'on constata que l'évolution imposée aux

---

du texte même de ces règles (voir note 1 ci-dessus); pour ce qui est de l'article 1 de la Convention européenne, une inspiration similaire émergeait des travaux préparatoires, en dépit du fait que le texte de cette disposition ne contient aucune référence au territoire étatique (P. De Sena, *La nozione di giurisdizione nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2002, 19).

[3] Voir, dans les années 90, T. Meron, « Extraterritoriality of Human Rights Treaties », *American Journal of International Law*, 89, 1995, 78 et E. Decaux, *Le territoire des droits de l'homme*, Liber amicorum *Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 65 ; parmi les auteurs qui se sont occupés de la question en termes généraux, pendant les années 2000, voir, par exemple, De Sena, *La nozione di giurisdizione*, Ben-Naftali & Shany, « Living in Denial », M. Gondek, « Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization? », *Netherlands International Law Review*, 52(3), 2005, 349 ; O. De Schutter, « Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights », *Baltic Yearbook of International Law*, 6, 2006, 185 ; Milanovic, « From Compromise to Principle » ; H. King, « The Extraterritorial Human Rights Obligations of States », *Human Rights Law Review*, 9(4), 2009, 521 ; S. Miller, « Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention », *European Journal of International Law*, 20(4), 2009, 1223 ; G.S. Goodwin-Gill, « The Extra-Territorial Reach of Human Rights Obligations », in L. Boisson De Chazournes & M.G. Kohen (dir.), *International Law and the Quest for its Implementation/Le droit international et la quête de sa mise en œuvre*: Liber amicorum *Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 293 ; R. Nigro, « The Notion of "Jurisdiction" in Article 1: Future Scenarios for the Extra-Territorial Application of the European Convention on Human Rights », *Italian Yearbook of International Law*, 20, 2010, 11 ; M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

[4] Voir, par exemple, Decaux, *Le territoire des droits de l'homme*, 74 et, plus récemment, J.-P. Costa, *L'État, le territoire et la Convention européenne des droits de l'homme*, in M.G. Kohen (dir.) *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*: Liber Amicorum *Lucius Caflisch*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 179, Miller, « Revisiting Extraterritorial Jurisdiction », 1236.

[5] Voir De Sena, *La nozione di giurisdizione*, 166 et Ben-Naftali & Shany, « Living in Denial », 62-63 qui parviennent à élaborer – tou s les deux – une notion « fonctionnelle », et tendanciellement unitaire, du concept de juridiction; voir aussi Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, qui dessine plusieurs modèles de juridiction, en soulignant, en particulier, que la juridiction « extraterritoriale » des Etats parties aux traités sur les droits de l'homme a tendance à varier en fonction du contenu – positif ou négatif – des obligations prévues (Chap. IV).

articles 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, et 2, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, respectivement par l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme et par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, avait transformé ces règles en règles sur l'imputation des violations[6].

Est-il possible d'affirmer que, presque trente ans après sa proposition, cette thèse est confirmée par la jurisprudence concernant les violations « extraterritoriales » des traités en matière de droits de l'homme, notamment ceux relatifs aux droits civils et politiques ? Comment peut-on encadrer les relations entre la notion de juridiction et la question de l'imputation des violations « extraterritoriales » des droits de l'homme ? Ce sont les questions auxquelles ce travail voudrait offrir quelques réponses.

Bien que sans l'ambition de proposer ici ni une théorie générale de la notion de juridiction dans les traités sur les droits de l'homme, ni une théorie générale de l'attribution à l'État du fait illicite en cette matière, il est nécessaire de ne pas se limiter à l'analyse de la pratique récente la plus significative (paras. 2(1), 2(2) et 3), mais aussi de proposer quelques observations générales sur la notion de juridiction (para. 4). C'est à partir de ces observations que nous allons amorcer une esquisse d'encadrement desdites questions.

2. Le caractère non-univoque de la pratique

Il faut tout d'abord exclure que l'avis consultatif de la Cour internationale de justice sur l'édification d'un mur en Palestine[7], ou l'arrêt rendu par cette même Cour sur l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo[8], ou l'Observation générale N° 31 du Comité des droits de l'homme[9] puissent offrir des éléments relevant aux fins de notre analyse. En fait, bien que tous ces actes établissent que les obligations en matière de droits de l'homme sont applicables aux comportements d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son

---

[6] L. Condorelli, « L'imputation d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 189, 1984-VI, 9ss. ; dans la même optique, voir aussi H. Dipla, *La responsabilité de l'État pour violations des droits de l'homme. Problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994, 45-63, ainsi que, E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées*, Paris, Pedone, 1995, 105-107.

[7] Cour Internationale de Justice (CIJ), *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, CIJ Recueil, 2004, 136.

[8] CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, CIJ Recueil 2005, 168.

[9] Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies (CDH), *Observation générale N° 31[80] : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte (29 mars 2004)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004.

propre territoire[10], il s'agit d'affirmations beaucoup trop générales pour en tirer des conclusions.

Il faut par conséquent concentrer l'attention sur les décisions adoptées par les organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme en relation aux cas individuels de violations extraterritoriales des droits consacrés par lesdits traités. De ces décisions ressortent en réalités des indications *non univoques* en ce qui concerne les rapports entre la « juridiction » des États et l'attribution à ceux-ci des violations. En effet, l'on relève autant d'affaires dans lesquelles ces deux aspects semblent *rester distincts*, que d'affaires dans lesquelles ils paraissent *se confondre*.

2.1. *Affaires récentes dans lesquelles (l'évaluation de la) juridiction et (de la) imputation des violations se maintiennent séparés*

Un exemple du premier type de décision est sans aucun doute l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Bankovic* en 2001[11]. Dans cette affaire la Cour était appelée à décider sur l'application de la Convention aux violations des droits de l'homme dues au bombardement du siège de la Radio-Télévision serbe à Belgrade de la part de dix-sept États membres de la Convention. L'argument principal des requérants – selon lequel lesdites violations étaient l'effet du contrôle effectif de l'espace aérien de la Yougoslavie de la part de ces États – fut rejeté. La Cour considéra en fait que cet argument équivaudrait « à considérer que toute personne subissant des effets négatifs d'un acte *imputable* à un État contractant « relève » *ipso facto*, quel que soit l'endroit où l'acte a été commis et où que ses conséquences aient été ressenties, « de la juridiction » de cet État aux fins de l'article 1 de la Convention »[12].

Selon la Cour, une telle solution extensive aurait en effet abouti à dénouer de toute finalité la notion de juridiction figurant à l'article 1 de la Convention, résultant ainsi dans une équation incorrecte de cette disposition avec l'article 1, commun aux quatre Conventions de Genève de 1949[13]. Au contraire, les cas d'extension extraterritoriale de la juridiction des États contractant doivent être qualifiés d'*exceptionnels*, étant limités en principe aux hypothèses traditionnelles d'exercice extraterritorial des compétences étatiques relevant de l'ordre juridique

---

[10] Paras. 107-113 de l'*Avis consultatif*; para. 216 de l'arrêt dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo; para. 10 de l'*Observation générale* du Comité des droits de l'homme.

[11] Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH), *Banković et autres c. la Belgique et autres 16 Pays membres*, requête no. 52207/99, décision du 12 déc 2001.

[12] Para. 75.

[13] *Ibid.*

international[14], dans le cadre de l'espace dans lequel normalement la Convention trouve application[15].

Au delà du fondement des conclusions auxquelles la Cour aboutit en ce qui concerne la définition de la notion de juridiction, la décision dans l'affaire *Bankovic* est fondamentale du point de vue des relations entre cette notion et le concept d'attribution des violations extraterritoriales. En effet, dans cette décision, la *logique* de l'imputation des violations, basée sur l'attribution à l'État d'un fait illicite *déterminé*, est clairement distincte de la *question* de la juridiction. Cela est d'autant plus manifeste dans l'affirmation selon laquelle « la question de savoir si un individu « relève de la juridiction » d'un État contractant et celle de savoir si l'intéressé peut être réputé victime d'une violation de droits garantis par la Convention » ne peuvent pas être confondues[16]. Un tel ordre d'idées est reproduit dans un certain nombre de décision postérieures, notamment dans les affaires récentes *Al-Sadoon*[17], *Medvedyev*[18] et *Al-Skeini*[19].

Dans l'affaire *Al-Sadoon*, il était question de l'application de la Convention à des violations perpétrées dans une prison britannique en territoire irakien, tant pendant l'occupation de ce territoire qu'après[20]. Loin de trancher la question de la juridiction britannique, sur la simple base de l'imputabilité au Royaume-Uni des actes illicites *spécifiquement* contestés, la Cour procède en vérifiant soigneusement l'existence d'un contrôle *effectif* des autorités militaires britanniques sur ladite prison, pendant *toute la période* de détention des requérants. Il est en raison de ce contrôle que les violations sont considérées par la Cour comme relevant de la juridiction britannique, et la requête jugée recevable.

Une solution semblable est tracée dans l'arrêt *Medvedyev*, bien que le différend concernait plutôt l'interception *en haute mer* d'un navire suspecté de transporter une importante quantité de stupéfiants, que l'exercice de pouvoirs extraterritoriaux par un État contractant *dans le territoire d'un autre État*. Plus exactement, les requérants alléguaient avoir été victimes d'une privation arbitraire de liberté (au sens de l'article 5) après l'arraisonnement de leur navire par les autorités françaises, et se plaignaient de ne pas avoir été « aussitôt » traduits devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires. En reconnaissant que les requérants relevaient de la juridiction de la France au sens de l'article 1 de la Convention, à partir de l'interception du navire en haute mer et pendant les treize jours de privation de liberté alléguée (au cours du voyage

---

[14] Paras. 71 et 73 de la décision.
[15] Para. 80.
[16] Para. 75.
[17] Cour EDH, *Al-Saadoon and Mufdhi c. Royaume-Uni*, requête No. 61498/08, décision du 30 juin 2009.
[18] Cour EDH, *Medvedyev et autres c. France*, requête No. 3394/03, arrêt du 29 mars 2010.
[19] Cour EDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume Uni*, requête No. 55721/07, arrêt du 7 juil. 2011.
[20] Cour EDH, *Al-Saadoon and Mufdhi c. Royaume-Uni*, para. 84.

jusqu'au port français de Brest), la Cour argumente expressément cette conclusion sur la base du « contrôle absolu et exclusif exercé par la France, au moins *de facto*, sur le Winner et son équipage dès l'interception du navire, de manière *continue et ininterrompue* »[21]. Donc, tant dans cette affaire, tant dans l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Hirsi*[22], tant dans la décision *Al-Saadoon*, l'imputabilité aux États défendeurs des violations alléguées n'a pas été en elle même suffisante pour affirmer l'application de la Convention au sens de l'article 1.

Des considérations similaires peuvent être exprimées par rapport à l'arrêt *Al-Skeini*. Dans cette affaire il était question de l'application de la Convention à la mort de citoyens irakiens, entre mai et novembre 2003, dans la zone irakienne de Bassora, sous le contrôle, à ce temps, de l'armée britannique[23]. La Cour à vérifié si, *pendant la période des faits*, les forces britanniques chargées d'assurer la sécurité et de soutenir l'administration civile de la zone, exerçaient une autorité et un contrôle sur les victimes des violations contestées. C'est exactement en raison du résultat positif de ladite évaluation, *par rapport à toute ladite période*, que l'arrêt établit l'existence d'un lien juridictionnel entre le Royaume-Uni et ces personnes, au sens de l'article 1 de la Convention[24].

Bien que ces jugements soient en ligne avec la décision *Bankovic* en ce qui concerne l'aspect que nous venons de souligner, il faut relever qu'ils *ne convergent pas entièrement* avec ladite décision. En premier lieu, différemment de ce qui avait été soutenu dans la décision *Bankovic*, dans les affaires *Al-Saadon, Medvedyev, Hirsi* et *Al-Skeini*, la juridiction des États contractants est étendue à des espaces *extérieurs* à la région d'application normale de la Convention. En deuxième lieu – nous reviendrons plus tard sur cet aspect – la tentative d'encadrement systématique des hypothèses de juridiction extraterritoriale, amorcée

---

[21] Para. 67 (italiques ajoutés).

[22] Cour EDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, Requête No. 27765/09, arrêt du 23 fév. 2012 : dans cette affaire, onze ressortissants somaliens et treize ressortissants érythréens (faisant partie d'un groupe d'environ deux cents personnes qui avaient quitté la Libye à bord de trois embarcations dans le but de rejoindre l'Italie), alléguaient que leur transfert vers la Libye – effectué par des navires militaires italiens en haute mer – avait violé les articles 3 de la Convention et 4 du Protocole N. 4, en impliquant au même temps l'absence d'un recours conforme à l'article 13 de la Convention; afin d'affirmer l'existence de la juridiction italienne, la Court parvient à observer – dans le cadre d'un raisonnement tout à fait similaire à l'argumentation développée dans l'arrêt *Medvedyev* – que « à partir du moment où ils sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle *continu* et *exclusif*, tant *de jure* que *de facto*, des autorités italiennes » (para. 81; les deux premiers italiques sont ajoutés).

[23] Voir note 19 ci-dessus ; il faut observer que les requérants – qui alléguaient la violation de l'article 2 de la Convention – ne se plaignent d'aucune violation matérielle du droit à la vie ; ils soutenaient que le Royaume-Uni avait manqué à son obligation procédurale de conduire une enquête effective sur les décès de leurs proches (para. 95).

[24] Paras. 143-148.

dans la décision *Bankovic, n'est pas confirmée* par les jugements subséquents à cette décision[25].

2.2. *Affaires dans lesquelles (l'évaluation de la) juridiction et (de la) imputation des violations ont tendance à se confondre*

La pratique du Comité des droits de l'homme, celle de la Commission interaméricaine, et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offrent aussi un certain nombre d'exemples d'affaires dans lesquelles la question de la juridiction a tendance à se confondre avec celle de l'attribution du fait illicite. En ce qui concerne le Comité des droits de l'homme, il faut citer les deux affaires qui sont à l'origine de la thèse selon laquelle la dimension « territorialiste » des obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme aurait été dépassée. Il s'agit des affaires *Lopez Burgos*[26] et *Celiberti de Casariego*[27], concernant des violations du Pacte relatif aux droits civils et politiques[28] perpétrées par des officiers d'État uruguayens à l'encontre de citoyens de ce même État suite à leur arrestation dans le territoire d'autres États (respectivement en Argentine et au Brésil). Dans les deux affaires, le Comité affirma que le fait qu'une partie des actes se soit produite sur sol étranger ne faisait pas obstacle à sa compétence car celle-ci ne trouvait pas son fondement dans le lieu où les violations avaient été commises, « mais plutôt au type de relation entre l'individu et l'État par rapport à la violation de l'un des droits consacrés dans le Pacte, indépendamment du lieu où elle s'est produite »[29]. En d'autres termes, le Comité considère comme fondement de sa compétence la possibilité d'attribuer la violation d'un droit individuel à un État contractant du Pacte – ce à quoi fait évidemment référence la « relation » évoquée par le Comité – et *non pas* le fait qu'une telle violation soit rattachable à sa juridiction.

Il faut tirer des conclusions analogues du rapport adopté par la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 21 octobre 2010 dans l'affaire interétatique

---

[25] Voir partie 4 ci-dessous.

[26] CDH, *Sergio Euben Lopez Burgos c. Uruguay*, Communication No. 52/1979, décision du 29 juil. 1981.

[27] CDH, *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, Communication No. 56/1979, décision du 29 juil. 1981.

[28] Art. 7 (interdiction de la torture), art. 9, par. 1 et 4 (droit à la liberté et à la sécurité), art. 12 (liberté de circulation), art. 10 (dignité des détenus), art. 14 (droit au procès équitable des personnes accusées d'infractions pénales).

[29] L'original anglais cite : « [. . .] but rather to the relationship between the individual and the state in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred »; para. 12(2) de la décision *Lopez Burgos* et para. 10(2) de la décision *Celiberti de Casariego*.

Équateur c. Colombie[30]. Par son recours, l'Équateur alléguait la violation des règles de la Convention interaméricaine à l'encontre d'un citoyen équatorien, tué le 1er mars 2008 au cours d'une action entreprise en territoire équatorien par des forces de sécurité colombiennes. Certes, dans son rapport la Commission considère que les normes de la Convention étaient applicables à la Colombie en raison du fait que la victime était sous le contrôle des officiers colombiens – et donc sous la *juridiction* de la Colombie – bien que seulement pendant la durée des actes illicites reprochés à cet État[31]. Cependant, il semble évident que la question de l'attribution des violations et celle concernant la détermination de la juridiction de l'État sont *confondues* dans le raisonnement de la Commission, étant donné que la juridiction semble être considérée comme *conséquence* de la commission des violations et de leur imputabilité à l'État.

En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, l'on trouve une argumentation similaire à celle décrite ci-dessous dans la décision sur la recevabilité de l'affaire *Isaak*[32]. Dans cette affaire il s'agissait des violations de la Convention commises par les militaires de la « République turque de Chypre du Nord » dans la zone connue comme « buffer zone », contrôlée par la Force des Nations Unies. Bien que la Turquie n'exerçait aucun contrôle dans la zone, les violations alléguées ont été considérées imputables à cet État pour la simple raison que un État « may also be held accountable for a violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State »[33].

Quelques années auparavant, en 2004, le même critère avait été établi, bien que seulement *en principe*, dans la décision *Issa*[34], et avait été appliqué en 2003 dans l'affaire *Öcalan*[35]. Dans ce dernier arrêt, l'arrestation du leader du PKK par des agents turques dans la zone internationale de l'aéroport de Nairobi fut consi-

---

[30] Commission interaméricaine des Droits de l'Homme (Com. IDH), *Report no. 112/10, Inter-State Petition Ip-02 – Admissibility, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador – Colombia*, 21 Oct. 2010.

[31] Voir paras. 100-103 du rapport. Par ailleurs, les affirmations contenues dans le Rapport de la Commission interaméricaine du 29 sept. 1999 dans l'affaire *Coard (Report no. 109/99, Case 10.951, Coard et Al. United States*, para. 37) nous semblent trop générales aux fins de cette analyse.

[32] Cour EDH, *Isaak c. Turquie*, requête No 44587/98, décision du 28 sept. 2006.

[33] Voir la section 2 de la partie « En droit » du jugement.

[34] Cour EDH, *Issa c. Turquie*, requête No. 31821/96, arrêt du 16 nov. 2004 (concernant des violations de la Convention prétendument subies par des citoyens irakiens d'origine kurde en territoire irakien auprès de la frontière turque). Au para. 71 de l'arrêt on trouve la même affirmation citée dans le texte; cependant, selon la Cour, ladite situation n'avait pas été étayée par les requérants (voir paras. 78-81).

[35] Cour EDH, *Öcalan c. Turquie*, requête No. 46221/99, arrêt du 12 mars 2003.

dérée suffisante pour imputer à la Turquie toutes les violations[36] commises *à partir de ce moment*[37].

3. La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de violations extraterritoriales d'organisations internationales

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les violations des droits de l'homme perpétrées dans le cadre de l'action d'organisations internationales offre, de son coté, d'autres indications intéressantes quant à la relation entre la question de la juridiction et l'attribution des violations.

Bien évidemment, les décisions relatives aux violations commises par le biais d'actes de l'Union européenne ou qui découlent de l'exécution de ces actes ne relèvent pas aux fins de cette analyse. Dans ce type d'affaires – notamment dans l'affaire *Bosphorus*[38] – la question de la juridiction a tendance à ne pas se poser[39], et ce indépendamment des travaux préparatoires de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention[40].

En fait, il s'agit plutôt de prendre en considération la jurisprudence relative aux violations extraterritoriales, en premier lieu les jugements rendus par la Cour dans les affaires *Behrami et Saramati*[41] et *Al-Jedda*[42]. Dans ces affaires la Cour était appelée à juger des violations commises dans le cadre d'opérations des Nations Unies ; deux aspects desdits jugements méritent notre attention.

---

[36] Le requérant alléguait avoir été torturé (art. 3) et avoir subi, après l'arrestation, une privation de liberté arbitraire et illégale (art. 5, paras. 1, 3, 4).

[37] Para. 93.

[38] Cour EDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, requête No. 45036/98, arrêt du 30 juin 2005.

[39] En effet, les violations alléguées par les requérants furent imputées à l'Union européenne, en l'absence de toute considération à l'égard de la « juridiction » de l'Union ; pour mieux dire, ces violations furent qualifiées de relevant *ratione loci* de la juridiction irlandaise, en dépit du fait qu'elles avaient étés commises par la mise en ouvre d'un règlement de l'Union européenne (para. 137).

[40] Bien que la dernière version du *Projet d'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (10 juin 2013), (CDDH-UE): consacre un long paragraphe (art. 1, para. 6) à l'interprétation du concept de juridiction, celui-ci se limite en réalité à renvoyer, en ce qui concerne la juridiction de l'Union européenne, aux critères établis pour la juridiction des États (voir aussi para. 29 du Projet de rapport explicatif annexe à l'Accord).

[41] Cour EDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, requêtes Nos. 71412/01 et 78166/01, décision du 2 mai 2007.

[42] Cour EDH*, Al-Jedda c. Royaume Uni*, requête No. 27021/08, arrêt du 7 juil. 2011.

En *premier* lieu, tant dans les affaires *Behrami et Saramati*, tant dans l'affaire *Al-Jedda*, la Cour européenne a vérifiée tout d'abord si les violations alléguées étaient attribuables aux États défendeurs – agissant dans le cadre des opérations des Nations unies – ou à l'Organisation des Nations Unies elle-même. En d'autres termes, dans ces les affaires comme dans ceux que l'on vient d'analyser, la détermination de la juridiction aux sens de l'article 1 de la Convention a tendance à être *absorbée* par le raisonnement concernant l'attribution des violations[43].

Le *deuxième* aspect qui relève concerne la *façon* dont la Cour développe son raisonnement relatif à l'attribution du fait illicite. Il ne faut pas oublier que dans les l'affaire *Behrami et Saramati* les violations alléguées à l'encontre des États, agissant dans le cadre de la KFOR et de la MINUK au Kosovo, furent attribuées aux Nations Unies sur le présupposé que le Conseil de sécurité détenait « l'autorité et le contrôle ultimes », non seulement sur les actions de la MINUK (qualifiée par la Cour d'organe subsidiaire du Conseil), mais aussi sur celles de la KFOR[44]. Au contraire, dans l'affaire *Al-Jedda* la Cour a nié que le Conseil de sécurité exerçait *in concreto* « l'autorité et le contrôle ultimes » sur les opérations menées par le Royaume-Uni dans le cadre de la force multinationale sur le territoire de l'Irak (en dépit des résolutions 1483, 1511 et 1546 du Conseil de sécurité)[45] ; ainsi jugeant, la Cour a néanmoins implicitement admis que la preuve de l'existence d'un tel contrôle aurait permis l'imputation des violations alléguées aux Nations Unies.

Il est facile de remarquer que le critère de l'autorité et du contrôle ultimes, adopté par la Cour dans les deux cas ci-dessous, *ne correspond pas* au critère établi par l'art. 7 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale des organisations internationales concernant l'attribution à une organisation internationale des comportements des organes mis à sa disposition par les États (hypothèse dans laquelle il faut inscrire le cas des forces militaires mises à la disposition des Nations Unies). Aux termes de cet article, le comportement de l'organe est imputable à l'organisation seulement pour autant que celle-ci exerce un *contrôle effectif* sur ce comportement spécifique[46]. À la lumière de cette considération, l'argument de la Cour européenne a été fortement et justement critiqué dans

---

[43] Voir paras. 132-140 en ce qui concerne l'arrêt *Behrami et Saramati* et paras. 74-84 pour le jugement *Al-Jedda*.

[44] Para. 140 pour ce qui est de la KFOR.

[45] Voir paras. 74-84 de l'arrêt *Al-Jedda*.

[46] *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs* (*Texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-troisième session, en 2011, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, A/66/10*), Publications des Nations Unies, 2011, 21 (pour le texte de l'article) ainsi que, 25-26, pour des considérations spécifiques concernant cette affaire.

la mesure où il a amené à considérer *non* responsables les États parties dans les affaires *Behrami et Saramati*[47].

Il faut cependant observer que l'utilisation de ce même argument par rapport à l'Union européenne pourrait opportunément conduire la Cour à affirmer la responsabilité de l'Union dans des affaires similaires (à condition bien évidemment que le processus d'adhésion soit complété)[48]. Par ailleurs, comme il sera illustré dans le paragraphe suivant, cet argument est important aux fins d'une évaluation d'ensemble des problématiques analysées dans cette brève étude.

4. Les relations entre juridiction étatique et imputation des violations extraterritoriales des droits de l'homme: Une esquisse d'encadrement

En conclusion il semble possible d'essayer quelques réponses aux questions posées au début de ce travail. L'analyse de la pratique des organes de contrôle montre que la question de la juridiction n'a *pas* été complètement abandonnée au profit de celle relative à l'attribution des violations. Il ne peut pas être soutenu, en d'autres termes, que l'exigence d'équité mise en avance par la thèse qui proposait cette solution[49] se soit réalisée dans les termes posés par cette thèse.

---

47 Voir notamment, P. Palchetti, « Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi *Behrami e Saramati* », *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2007, 693 ; voir aussi K.M. Larsen, « Attribution of Conduct in Peace Operations: The « Ultimate Authority and Control » Test », *European Journal of International Law*, 19(3), 2008, 509 ; P. Lagrange, « Responsabilité des États pour actes accomplis en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies », *Revue générale de droit international public*, 112, 2008, 85 ; A. Sari, « Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The *Behrami and Saramati* Cases », *Human Rights Law Review*, 8, 2008, 151, ainsi que L.-A. Sicilianos, « L'(ir)responsabilité des forces multilatérales? », in Boisson De Chazournes & Kohen (dir.), *International Law*, 98.

48 L'on peut envisager, par exemple, la possibilité que des violations de la Convention soient perpétrées sur le sol de la Bosnie-Herzégovine dans le cadre des actions de l'opération militaire EUFORALTHEA (*Action Commune 2004/570/PESC du Conseil du 12 juillet 2004 concernant l'opération militaire de l'Union européenne en Bosnie-et-Herzégovine, Journal officiel de l'Union européenne*, L.252/10, du 28 juillet 2004). Cette mission exerce un nombre de compétences typiquement étatiques, *sous le contrôle politique et militaire de l'Union* (voir à ce sujet, les articles 6 « Contrôle politique et direction stratégique », 8 « Direction militaire », et 13 « Relations avec l'OTAN » de la susmentionnée *Action Commune*), par conséquent lesdites violations *se montrent donc imputables à l'Union, tout au moins dans l'optique adoptée par la Cour européenne*.

49 Selon Condorelli, la délocalisation des violations des droits de l'homme aurait l'effet « de réduire au minimum (sinon éliminer) l'iniquité inhérente au fait que des comportements d'États dans ce domaine, illicites s'ils surviennent dans un lieu donné, soient à qualifier comme parfaitement licites lorsqu'ils surviennent ailleurs », Condorelli, « L'imputation d'un fait internationalement illicite », 91.

Il suffit de rappeler les affaires récentes – notamment *Al-Saadoon, Medvedeyev* et *Al-Skeini* – dans lesquelles la Cour a préféré de vérifier que les violations alléguées rentraient dans la juridiction des États défendeurs, plutôt que de se limiter à en vérifier l'imputabilité auxdits États[50].

Cela dit, on ne peut pas non plus nier que, dans toute une série de jugements, les deux aspects ont une certaine tendance à coïncider – ou plutôt que la question de la juridiction à tendance à être absorbée par le jugement concernant l'attribution du fait illicite –, et ce tant dans la pratique du Comité des droits de l'homme et de la Commission interaméricaine, tant dans la jurisprudence de la Cour européenne[51].

Peut-on déduire de cette constatation que l'approche des organes de contrôle est tout simplement *casuistique*?

On pourrait être amené à cette conclusion par la faillite des tentatives de la Cour européenne des droits de l'homme de faire rentrer sa jurisprudence dans le cadre des catégories juridiques classiques du droit international relatives à l'exercice extraterritorial de la puissance étatique, à partir de la décision *Bankovic*[52]. En dépit de ces tentatives, il est en fait évident que ni l'idée du contrôle sur les victimes – relevée dans les affaires *Medvedeyev* et *Al-Skeini* – ni, d'autant moins, les arguments utilisés dans l'affaire *Ilascu*, ne correspondent à la notion de contrôle territorial effectif développée par la Cour international de justice dans l'avis consultatif concernant la Namibie, à laquelle pourtant la Cour européenne se réfère dans l'affaire *Bankovic*[53].

Ladite circonstance, sommée à la tendance à faire parfois coïncider la question de la juridiction avec celle de l'attribution des violations, pourrait conduire à la conclusion selon laquelle, non seulement la jurisprudence européenne, mais toute la pratique en matière de violations extraterritoriales des droits de l'homme, soit le résultat d'une approche dépourvue de logique unitaire; une approche

---

[50] Voir partie 2.1 ci-dessus.

[51] Voir parties 2.2 et 3 ci-dessus.

[52] Voir partie 2.1 ci-dessus.

[53] CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud -Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, CIJ Recueil 1971, 16, para. 118. En fait, il suffit de rappeler, que dans l'affaire *Al-Skeini*, les violations contestées s'étaient produites en territoire irakien, là où dans l'affaire *Medvedyev, il ne s'agissait, pas du tout, d'une question de contrôle territorial*, puisque les faits en question avaient eu lieu sur un navire étranger en haute mer ; par ailleurs, dans l'affaire *Al-Saadoon*, le simple *contrôle sur la prison* dans laquelle les requérants étaient détenus fut considéré un élément suffisant afin d'établir l'existence de la juridiction ; dans l'affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* (requête No 48787/99, jugement du 8 juillet 2004), la Cour établit qu'il incombait à la Moldova l'obligation positive « d'essayer de continuer à garantir la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention » sur le territoire de la Transnistrie, au sens de l'article 1 de la Convention, *bien qu'elle n'exerçait aucune autorité effective sur ce territoire* (paras. 333-335).

casuistique dont le seul trait d'union serait la finalité d'élargir l'application des normes sur les droits de l'homme dans un but d'équité. Dans une perspective générale, les catégories juridiques de la juridiction et de l'imputabilité de l'acte illicite ne seraient que des outils interprétatifs, utilisés au cas par cas par les organes internationaux de contrôle des droits de l'homme afin d'atteindre l'objectif poursuivi.

Une telle explication saisit effectivement l'importance du rôle joué par l'activité d'interprétation des institutions internationales dans cette matière ; cependant elle ne nous apparaît pas pleinement satisfaisante. En fait, elle ne permet pas de comprendre de quelle *manière* les notions de juridiction et d'attribution du fait illicite sont réellement utilisées dans la pratique examinée.

Ce problème peut néanmoins trouver une solution si on part d'une définition de la juridiction qui tienne compte du fait que les organes internationaux de contrôle en matière de droits de l'homme utilisent une *pluralité* de critères qui *ne correspondent pas* forcément aux catégories traditionnelles du droit international. Et cela, dans le but de garantir, par voie d'interprétation, l'application des traités même en cas de violations extraterritoriales. Si cette circonstance est dûment appréciée, on peut penser que le *noyau dur* de la notion de juridiction utilisée par ces organes, en tant que principe de délimitation des obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme, soit à trouver ailleurs. En d'autres termes, on peut envisager que lesdits critères ne soient *pas* pourvus de contenu juridique *autonome*, et qu'ils soient plutôt des manifestations de l'idée générale selon laquelle la responsabilité d'assurer le respect des obligations en matière de droits de l'homme incombe aux États membres du traité, *en fonction de leur capacité d'affecter la jouissance des droits garantis*. Autrement dit, lesdits critères ne seraient que les symptômes de la capacité de l'État partie au traité d'affecter la jouissance des droits garantis, même en dehors de son propre territoire. C'est d'une telle capacité qui découle la responsabilité d'assurer le respect des droits garantis par le traité, cette même capacité constituant le noyau dur de la notion de juridiction.

Il n'est pas possible de développer ultérieurement ici cette notion de juridiction et ses caractéristiques, ce qui est d'ailleurs le sujet d'un autre travail.[54] Pourtant, c'est justement à la lumière d'une telle notion que l'on peut comprendre tant les affaires dans lesquelles la question de la juridiction est traitée comme question autonome, tant les affaires dans lesquelles cette question a tendance à coïncider

---

[54] Voir De Sena, *La nozione di giurisdizione*, en particulier, 163 ; voir aussi, « The Notion of "Contracting Parties' Jurisdiction" under Article 1 of the ECHR: Some Marginal Remarks on Nigro's Paper », *Italian Yearbook of International Law*, 20, 2010, 75, en particulier, 76 ; voir aussi, dans un ordre d'idées très similaire, Ben-Naftali & Shany, « Living in Denial », 62-63 (« In our view, a sensible interpretation of the term 'jurisdiction' would equate it with the actual or potential exercise of governmental power vis-a-vis all affected individuals ») et Milanovic, « From Compromise to Principle », 434.

avec la constatation de l'imputabilité à l'État des violations extraterritoriales. Plus exactement, les approches *différentes* à la relation entre juridiction et imputation semblent dépendre des façons *différentes* dans lesquelles la juridiction étatique – définie comme la capacité des États d'affecter la jouissance des droits garantis invoqués – se manifeste. Et cela en relation aux circonstances *concrètes* du cas d'espèce.

Concernant les affaires dans lesquelles nous avons constaté que la question de la juridiction est traitée de façon *autonome*, il faut alors remarquer que les violations objet du jugement étaient généralement des *violations continues*. À la lumière de cette circonstance il est aisé de comprendre les raisons pou lesquelles, dans les affaires *Al-Saadon, Medvedeyev, Hirsi* et *Al-Skeini*, la notion de juridiction est traitée en tant que notion autonome. En effet, une telle approche était nécessaire afin d'établir la capacité des États défendeurs d'affecter la jouissance des droits invoqués par les requérants *pendant toute la durée* des violations.

Dans ce même groupe de jugements, il faut inscrire aussi les deux décisions adoptées par la Cour européenne dans l'affaire *Loizidou*[55], caractérisées pareillement par des violations continues. Et cela, en dépit du fait que le critère du « contrôle général », utilisé par la Cour dans les deux décisions afin de qualifier les rapports entre la Chypre du Nord et la Turquie, puisse induire à penser que la détermination de la juridiction ait été absorbée par l'évaluation concernant l'attribution des violations alléguées, en application des principes relatifs à l'attribution des faits illicites commis par des organes *de facto*.

En fait, au delà des apparences, le critère du contrôle général, fondé de façon générique sur la présence de l'armée turque dans le territoire de Chypre du Nord[56], ne correspond ni au principe établi en matière d'organes *de facto* par l'article 8 du Projet d'articles sur la responsabilité des États[57], ni au critère du « contrôle général » élaboré par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans la décision *Tadìc*[58]. En d'autres termes, en se référant à la présence

---

[55] Cour EDH, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, requête No. 15318/89, arrêt du 23 mars 1995, et *Loizidou c. Turquie (au principal)*, requête No. 15318/89, arrêt du 18 oct. 1996.

[56] Voir para. 63 du jugement du 23 mars 1995 et para. 54 du jugement du 18 oct. 1996.

[57] Au sens de l'article 8 du Projet, il faut en effet que les « directives » ou le « contrôle » de la part d'un Etat se réfèrent, de façon *spécifique*, au comportement illicite « incriminé » (« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant *ce* comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État » ; italique ajouté) : *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, Genève, Publications des Nations Unies, 2005 ; en plus, l'exigence que les « directives » ou le « contrôle » se réfèrent à un comportement illicite *spécifique* est souligné autant par le commentaire (*ibid*., para. 4, 5 et 7), que par le Rapporteur Spécial Crawford (*Premier rapport sur la responsabilité des États*, UN Doc A/CN./4/490/Add. 5, paras. 201-216).

[58] Voir Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c. Tadić*, Affaire IT-94-1, arrêt du 15 juill. 1999 ; dans ce jugement l'on spécifie en effet, très

militaire turque, la Cour européenne n'a fait qu'établir la capacité permanente de la Turquie d'affecter la jouissance des droits invoquées par les requérants, pendant toute la durée des violations, de façon tout à fait similaire à ce qu'elle a fait dans les affaires *Al-Saadoon, Medvedeyev, Hirsi* et *Al-Skeini*.

La seule observation que l'on peut ajouter est que la détermination de l'existence de la juridiction dans ces affaires semble aboutir à une sorte de présomption d'imputabilité des violations en question aux États défendeurs[59].

En venant aux affaires dans lesquelles la question de la juridiction semble absorbée par la constatation de l'imputabilité à l'État du fait illicite, ce que l'on doit souligner c'est que ces affaires concernent, la plupart du temps, des *violations instantanées*, commises dans le cadre d'activités *occasionnellement* effectuées en dehors du territoire étatique[60]. C'est justement en raison des caractéristiques particulières desdits affaires que l'on peut expliquer l'approche de la Cour tendant à confondre les deux questions de la juridiction et de l'imputation. Il est évident, en effet, que, face à des violations commises de façon instantanée, l'évaluation concernant la capacité d'affecter la jouissance des droits en question a tendance à coïncider avec l'évaluation ayant par objet l'imputation de la violation elle-même à l'État défendeur. Plus exactement, l'existence de la juridiction étatique est généralement déduite du fait que les violations sont considérées comme étant imputables à l'État, ce qui émerge très clairement du rapport de la Commission interaméricaine dans l'affaire *Ecuador c. Colombie*[61].

La conclusion selon laquelle le rapport entre juridiction et imputation en matière de violations extraterritoriales des droits de l'homme doit être considéré dans le cadre des différents modes de fonctionnement de la notion de juridiction semble par ailleurs confirmée aussi par les décisions concernant la responsabilité des organisations internationales – notamment les jugements *Behrami et Saramati* et *Al-Jedda*, dont on a déjà parlé – que par l'arrêt *Drozd et Janousek*[62].

---

clairement, que le « contrôle globale [...] va au-delà du simple financement et équipement de ces forces et comporte également une participation à la planification et la supervision des opérations militaires » (para. 145), alors que l'on vient de dire que dans le cadre des deux arrêts rendus par la Cour européenne dans l'affaire *Loizidou*, l'existence d'un « contrôle global » de la parte de la Turquie est fondée, *de façon tout à fait générique*, sur la présence militaire turque dans le territoire de Chypre du Nord. A ce propos, voir aussi Milanovic, « From Compromise to Principle », 438-441 et 444-445.

[59] En effet, il est facile de constater que, dans toutes les décisions citées, la Cour se retient à la constatation de l'exercice de la juridiction, présumant ainsi que les violations alléguées soient imputables, *pour cette même raison*, aux États défendeurs.

[60] Nous nous référons ici aux affaires analysées dans la partie 2.2. Celles-ci sont toutes relatives à l'exercice *occasionnel* d'actions de police sur le sol d'autres États (*Lopez Burgos, Celiberti de Casariego, Ecuador c. Colombie*), ou, en tout cas, en dehors de son propre territoire (*Isaak, Öcalan*).

[61] Voir partie 2.2 ci-dessus.

[62] Cour EDH, *Drozd et Janousek c. la France et l'Espagne*, requête No. 12747/87, arrêt du 26 juin 1992.

Dans l'affaire *Drozd et Janousek*, la France et l'Espagne étaient accusées d'être responsables d'un certain nombre de violations des articles 5 et 6 de la Convention ayant eu lieu sur le territoire d'Andorre, en considération du fait que ce territoire est gouverné conjointement, par le Président de la République françaises et par l'évêque d'Urgel en Espagne, en tant que « coprinces ». En déclarant fondée l'exception d'incompétence proposée par les deux États, la Cour affirma que du rôle des « coprinces » ne découlait nullement une souveraineté franco-espagnole sur Andorre ; ni, par ailleurs, on pouvait établir l'existence d'un *contrôle* franco-espagnol sur l'exercice du pouvoir judiciaire dans la Principauté, ce qui, au contraire, aurait pu être invoqué pour étayer une éventuelle responsabilité des États défendeurs[63]. Il est donc évident, d'un coté, que les deux questions de la juridiction et de l'attribution du fait illicite apparaissaient confondues dans l'argumentation développée par la Cour[64], au fur et à mesure que la perspective analytique suivie, aux fins de la juridiction, est celle du *contrôle*, en tant que critère d'attribution de la responsabilité internationale à un État (ou à plusieurs États)[65]. Il est également évident, d'autre coté, qu'une telle orientation peut facilement s'expliquer en considération des circonstances spécifiques de l'affaire, s'agissant de violations de droits processuels contestées à deux Etats, qui *n*'exercent *aucune* forme de souveraineté – ou de contrôle territorial – sur l'Andorre.

À l'égard des jugements *Behrami et Saramati* et *Al-Jedda*, l'on a déjà dit comment, dans ces affaires, l'évaluation visant à établir la juridiction finit par être confondue avec l'évaluation relative à l'imputation des violations elles-mêmes. Ce phénomène est compréhensible si l'on considère que la situation concrète sur laquelle la Cour était appelée à juger concernait les actions de contingents militaires « prêtés » aux Nations Unies par les États défendeurs. Dans ce cas, en établissant les circonstances relevant aux fins de la juridiction on ne pouvait pas faire abstraction du niveau de contrôle exercé par les Nations Unies sur lesdits contingents par rapport au contrôle exercé par les États. Cette analyse est d'ailleurs au centre du raisonnement relatif à l'attribution des actes illicites commis dans le cadre de la mise à la disposition d'une organisation internationale, par un État, d'un organe étatique[66].

Cela dit, il faut finalement mettre en exergue que, tant dans l'arrêt *Drozd et Janousek*, tant dans les jugements *Behrami et Saramati* et *Al-Jedda*, la Cour

---

[63] Para. 96 du jugement.

[64] Para. 91, dans lequel les deux aspects sont évidemment confondus : « Le terme 'juridiction' ne se limite pas au territoire national des Hautes Parties contractantes ; leur responsabilité peut entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors dudit territoire [...] il s'agit en l'occurrence de déterminer si les actes incriminés par MM. Drozd et Janousek sont imputables à la France, à l'Espagne ou aux deux, bien que non accomplis sur le sol de ces États ».

[65] Voir paras. 95 et (encore une fois) 96 de l'arrêt.

[66] Voir partie 3 ci-dessus.

européenne souscrit à l'idée de juridiction telle que nous l'avons définie, en dépit du fait que les raisonnements relatifs à l'application de cette notion finissent par coïncider avec l'évaluation concernant l'imputation des violations.

Pour ce qui concerne l'affaire *Drozd et Janousek*, il suffit de rappeler ici que la Cour a mené une analyse visant à établir l'existence éventuelle de *pouvoirs de contrôle* sur l'appareil judiciaire andorran, lorsque l'article 17 du Projet d'articles sur la responsabilité des États établit que le contrôle doit être *actuel*, aux fins de son éventuelle application[67]. Donc, ce dont la Cour s'est préoccupé a été plutôt l'existence d'une *capacité* des États défendeurs d'affecter les droits invoqués par les requérants, que l'existence éventuelle d'un contrôle *effectif* sur les comportements contestés.

En venant aux décisions *Behrami et Saramati* et *Al-Jedda*, ce qu'il faut souligner c'est la discordance, déjà mise en avant, entre le critère du « contrôle ultime » utilisé par la Cour dans ces deux affaires, et celui du « contrôle effectif », établi par l'article 7 du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales[68]. Or, sous réserve de l'importance d'une telle divergence par rapport aux principes en matière d'attribution du fait illicite, le critère du contrôle ultime nous semble bien se conformer à l'exigence d'établir la juridiction, considérée en tant que capacité d'affecter la jouissance des droits invoqués. Et cela dans la mesure où l'analyse concernant la juridiction vise justement à vérifier la *possibilité* de violer ces droits – possibilité à laquelle fait référence *aussi* le concept de contrôle ultime – et non pas la violation *effective* – à laquelle fait, par contre, référence le concept de contrôle effectif[69].

---

[67] Dans le commentaire de l'article 17 du Projet 2001, l'on dit, en effet, avec beaucoup de clarté, que : « L'article 17 ne vise que les cas où un État dominant dirige et contrôle effectivement un comportement qui constitue une violation d'une obligation internationale à la charge de l'État dépendant ». *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, 170 , para. 6; v. aussi, à ce sujet, la position du *Rapporteur spécial* Crawford: *Deuxième Rapport sur la responsabilité des États, Addendum 1*, 14 , paras. 197-219 ; l'on parlait, par contre, de « pouvoirs de direction ou contrôle » dans le texte de l'article 28, par. 1, du Projet adopté par la Commission du droit international en 1980 sur la base des rapports élaborés par Roberto Ago).

[68] Voir partie 3 ci-dessus.

[69] Il va sans dire, par ailleurs, que, même en raisonnant de cette perspective, on ne peut pas nier que dans l'affaire *Behrami* la « juridiction » des Nations Unies se manifestait comme concourante avec la juridiction des États défendeurs, au fur et à mesure que le contrôle effectif sur les comportements adoptés par les contingents de la KFOR, était exercé par lesdits États ; en l'absence d'un contrôle effectif des Nations Unies, il aurait fallu imputer ces comportements aux États défendeurs, en conséquence de leur contrôle.

CHAPITRE TRENTE-SEPT

RESPECT DES RELIGIONS ET LUTTE CONTRE LE FANATISME

Mario Bettati*

Les attentats contre les tours jumelles de Manhattan, le 11 septembre 2001, soulèvent des difficultés de qualification que le Professeur Pierre-Marie Dupuy a bien soulignées dans son précis[1]. Difficultés accrues par les motivations d'Al Qaïda parmi lesquelles le fanatisme tient une place majeure tout en posant la question de savoir si ce dernier constitue une circonstance atténuante ou aggravante des actes commis. Les condamnations prononcées par le Conseil de sécurité, tout en étant unanimes sur la nécessité de lutter internationalement contre le terrorisme n'en sont pas moins muettes sur la part que tient la frénésie dans son accomplissement. Le concept de fanatisme, il est vrai, est porteur d'ambiguïtés. Ferveur admirable pour les uns, il est exaltation coupable pour les autres. Les individus qui pratiquent le terrorisme n'échappent pas à la double qualification. Jean Moulin fut un héros pour la résistance et un terroriste pour la gestapo. Ben Laden fut un brave pour ses frères jihadistes, un assassin pour les démocrates du monde.

1. Le fanatisme confisque Dieu au profit du terrorisme

On a dit que les kamikazes qui lancent leur avion ou leur corps chargé d'explosif sur leur cible crient « Allah Akbar ». Dieu est hélas souvent mis à contribution pour justifier des massacres. Ce n'était pourtant pas l'intention des pères fondateurs des religions porteuses de fraternité et de miséricorde. Le juriste confronté à ces motivations s'interroge notamment sur la part résiduelle d'autonomie de la volonté de ceux qui, excités par des propagandistes sanguinaires, exécutent leurs prescriptions scélérates. En d'autres termes, le fanatique est-il en proie à une aliénation subie ou pleinement responsable d'actions préméditées ?

* Professeur émérite à l'Université Paris 2.

[1] P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2008, para. 566.

Dans sa « Généalogie du fanatisme », le philosophe Cioran affirme : « Les certitudes [...] abondent : supprimez-les, supprimez surtout leurs conséquences : vous reconstituez le paradis »[2]. Il ajoute : « Le fanatisme en résulte, – tare capitale qui donne à l'homme le goût de l'efficacité, de la prophétie, de la terreur – ... ». Son acte est-il comme celui d'un dément ? Cioran estime que toute foi exerce une forme de terreur, d'autant plus effroyable que les 'purs' en sont les agents ». Préfigurant le kamikaze, il ajoute : « Le fanatique, lui, est incorruptible : si pour une idée il tue, il peut tout aussi bien se faire tuer pour elle ; dans les deux cas, tyran ou martyr, c'est un monstre ». La question est donc de savoir en quoi, la mobilisation dogmatique, exaltée, et intolérante est-elle de nature à constituer une excuse judiciaire comme les mobiles qui ont fait agir le terroriste, les passions qui l'ont entraîné ; l'ascendant qu'un complice a exercé sur son esprit. On doit donc se demander dans quel cas, le terroriste fanatisé peut être considéré comme un aliéné irresponsable ?

Le droit pénal allemand reconnaît plusieurs circonstances atténuantes communes à toutes les infractions, mais sans leur attribuer nécessairement des conséquences automatiques. Certaines, la complicité par exemple, entraînent une réduction de peine automatique, tandis que les effets des autres (infraction par omission ou par erreur, atténuation de la responsabilité due à des troubles mentaux, simple tentative, etc.) sont laissés à l'appréciation du juge. Le code pénal français ne prévoit pas les circonstances atténuantes ou aggravantes et laisse au juge le soin d'apprécier.

On a dit que les attentats-suicides du 11 septembre 2001 à New-York et Washington se seraient déroulés de la même façon, avec des terroristes fanatisés par des mollah sanguinaires. Mais il serait erroné d'attribuer ce type d'exaltation criminelle au seul islam. D'autres exacerbation du sentiment religieux ont conduit ailleurs et en d'autres temps à des actes aussi atroces que ceux du 11 septembre. Ainsi le catholicisme reste-t-il souillé par le massacre de la Saint-Barthélémy, le 24 Août 1572. Dans un poème épique saisissant d'actualité aujourd'hui encore, Voltaire décrivait en alexandrins ce massacre dans des termes qui à quelques mots près pourraient s'appliquer à l'attentat de New-York[3]. Relisons-le en pensant parallèlement aux événements de 1572 et à ceux de 2001 :

> Je ne vous peindrai point le tumulte et les cris,
> Le sang de tous côtés ruisselant dans Paris.
> Le fis assassiné sur le corps de son père,
> Le frère avec la sœur, la fille avec la mère ;
> Les époux expirant sous leur toit embrasé,
> Les enfants des berceaux sur la pierre écrasés.

---

[2] E.M. Cioran, *Généalogie du fanatisme*, in *Précis de décomposition, Œuvres*, Paris, Gallimard (Coll. de la Pléiade), 2011, 4.

[3] Voltaire, *La Henriade*, 1728, poème épique à la gloire de Henri IV pour célébrer son combat pour la tolérance religieuse.

Des fureurs humaines c'est ce qu'on peut attendre,
Mais ce que l'avenir aura peine à comprendre,
Ce que vous-même à peine vous croirez,
C'est que ces monstres-là, de carnage altérés
Excités par la voix de prêtres sanguinaires,
Invoquaient le seigneur en égorgeant leurs frères
Et le bras tout souillé du sang des innocents,
Osaient offrir à Dieu cet exécrable encens.

Singulière analogie, singulière langue, singulière indignation face au détournement d'une religion qui préconise l'amour d'autrui, la miséricorde, la charité et la fraternité. Perversion fomentée par des religieux politisés, fanatisés, exacerbés, criminels et meurtriers.

Alors comment qualifier ces perversions par rapport aux critères juridiques élaborés par le droit pénal en faveur des circonstances atténuantes qu'on a vu précédemment ? De la même façon que le juge est chargé de les apprécier en son âme et conscience dans l'ordre interne pour les délits ou les crimes, il peut être appelé à une démarche analogue pour des actes de terrorisme, sauf à être en mesure de peser l'effet exonératoire du fanatisme politique, idéologique ou religieux sur la responsabilité encourue pour le comportement violent des individus…

Ben Laden n'était ni un prophète ni le ciment d'un monde arabe en quête d'un nouveau raïs. Jusqu'en 1990, c'est un Musulman qui combat le communisme par conviction religieuse, n'hésitant pas à se faire, au nom de cette cause, l'instrument des États-Unis, quand bien même ceux-ci sont qualifiés de « grand Satan » par l'Iran chiite. A cet égard, Ben Laden l'anti-soviétique est sans doute en partie une création américaine. Comme l'observent Paul Quilès, René Galy-Dejean, et Bernard Grasset dans leur rapport à l'Assemblée Nationale en 2001[4]. La constante qui ressort du parcours de Ben Laden concerne son engagement religieux viscéral, obsessionnel, qui le conduit à faire de sa vie non pas tant un combat pour sa foi, qu'un combat contre l'hérétique, qu'il s'agisse du Musulman modéré, du guide des croyants qui pactise avec l'Américain, autre hérétique, du Chrétien ou du Juif. Sur ce dernier point, il est intéressant de constater que Ben Laden n'a jamais fait d'Israël l'ennemi prioritaire, contrairement à de nombreux autres mouvements islamistes radicaux. Après la guerre du Golfe, c'est un milliardaire saoudien, qui se coupe des siens, qui met les moyens financiers dont il a hérité par ses origines familiales au service d'une cause politique et religieuse : chasser les États-Unis des lieux saints musulmans, dans lesquels ils stationnent depuis 1990, à la suite de la guerre du Golfe. Les rapporteurs ajoutent : « Ben Laden n'est pas un nouveau raïs, mais seulement un gourou charismatique et un criminel fanatique » et encore, « Oussama Ben Laden, tout comme le mollah Omar, ne sont pas perçus

[4] P. Quilès, R. Galy-Dejean, et B. Grasset, *En conclusion des travaux d'une mission d'information surles conséquences pour la France des attentats du 11 septembre 2001*, Assemblée nationale, Rapport No. 3460, 12 déc. 2001, 13ss.

comme les porte-parole de l'islam, mais comme les vecteurs d'un fanatisme qui caricature l'islam ». Enfin,

> Les écarts qui se creusent entre les plus riches et les plus pauvres, les exclusions, les frustrations qu'elles engendrent sont le terreau sur lequel grandissent les fanatismes. Il en est de même avec les conflits non résolus, les dégâts provoqués par l'idéologie du laisser-faire qui prône le déclin de l'État, les dérégulations, le refus des ingérences publiques, la liberté absolue des paradis fiscaux et de la circulation de l'argent…

Pour autant, il ne faut pas confondre islam et islamisme. Comme l'observe le Livre blanc français[5] : « [d]e même qu'on distingue l'islam de son exploitation politique « l'islamisme », il faut différencier la notion religieuse de jihad du « jihadisme », qui en est le dévoiement par l'action violente. Au cours des dernières années, le jihad a souvent été assimilé, à tort, au terrorisme. Cet amalgame a fait le jeu des terroristes eux-mêmes ». On a coutume, en Europe, de traduire jihad par « guerre sainte ». Étymologiquement, jihad signifie « effort vers un but déterminé », c'est-à-dire, d'une part, celui de défendre ou de propager l'islam et, d'autre part, celui que fait le croyant sur lui-même pour se conformer aux règles du Coran.

L'immense majorité des Musulmans est bienveillante, pacifique et prône la tolérance. Au cours de son histoire la religion musulmane a connu des épisodes de grande tolérance et des épisodes de fanatisme et de violence tout comme la religion chrétienne. Un Islamiste aujourd'hui détourne la religion à des fins politiques. C'est un fanatique qui veut imposer son ordre moral et sa religion à l'ensemble de la société. Sa seule référence est le Coran et tout ce qui s'écarte du Coran est impie. Les causes de la montée du phénomène sont multiples. La mondialisation creuse davantage le fossé entre riches et pauvres, entre puissances occidentales et pays en développement. Les rancœurs s'accumulent et forment le creuset de la violence. Les impies sont alors assimilés aux puissances sataniques. Les ghettos, les banlieues pauvres, sont un terreau favorable. L'explosion démographique dans les pays en développement provoque une hausse importante du chômage des jeunes qui, sans espoir de réussir et de trouver une place dans la société, se tournent vers les extrémismes. La disparition des repères traditionnels que sont la famille, les chefs de village, les marabouts etc., laisse un vide dans lequel s'engouffrent les exaltés.

Si tout fanatisme est religieux, y compris les fanatismes athées dès lors qu'ils se réclament de dogmes salvateurs irrationnels indiscutables, toute religion n'est pas fanatique, mais elle a tendance à le devenir lorsque son autorité est compromise qu'elle ne peut répondre aux évolutions culturelles et économiques des sociétés sur lesquelles elle prétend exercer son autorité spirituelle. La pulsion de mort s'impose alors à la pulsion de vie. Les sociétés contemporaines n'ont pu

---

[5] *Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme*, Paris, La Documentation française, 21 juin 2006, 16.

s'arracher à cette tentation folle du délire fanatique et destructeur (les guerres de religions, l'inquisition et les croisades) qu'en renonçant plus ou moins au lien de subordination entre religion et politique et en instaurant les conditions d'une démocratie pluraliste fondée sur les droits de l'homme à penser par lui-même et donc sur la tolérance. Les fanatiques terroristes sont des criminels dont les crimes, dès lors qu'ils participent d'une idéologie politico-idéologique organisée, doivent être considérés comme des crimes contre la civilisation et l'humanité.

Pour Odon Vallet, juriste et spécialiste des religions, tous les monothéismes ont connu leur dérive fanatique. Mais l'islam reste marqué du sceau guerrier de ses origines et de ses textes fondateurs[6]. Aux musulmans, aujourd'hui, de « déminer » leur passé. Pour lui, le fanatisme religieux, avec sa volonté archaïque de guerre sainte et sa violence, est redevenu la première menace mondiale. Est-il irrémédiablement lié aux croyances religieuses, et particulièrement à l'islam? Il n'y a pas de monopole du fanatisme. Répétons-le : il ne faut pas confondre Islamique et Islamiste. L'immense majorité des Musulmans est tolérante, pacifique et prône la tolérance. Au cours de son histoire la religion musulmane a connu des épisodes de grande tolérance et des épisodes de fanatisme et de violence comme la religion chrétienne.

Certes, les polythéismes ont eux aussi provoqué des violences : les précolombiens se livraient à des sacrifices humains, les Romains ont persécuté les chrétiens, les intégristes hindous ont pourchassé les musulmans et les chrétiens, et même les moines bouddhistes au Sri Lanka ont poussé à l'intransigeance envers les Tamoul hindouistes . . . Mais, c'est vrai, les religions monothéistes, en prêchant une vérité unique, en considérant les croyances des autres comme des erreurs, peuvent conduire plus facilement au fanatisme. Les juifs avaient leurs zélotes ; les chrétiens, leurs croisés; les musulmans, les combattants du jihad.

2. Le fanatisme altère-t-il la raison et le discernement ?

C'est en cela qu'il pourrait constituer une circonstance atténuante du crime terroriste. Mais à condition d'avoir été inoculé à l'auteur des attentats sans sa coopération active. Il serait au contraire une circonstance aggravante si ce dernier a contribué lui-même à son auto-contamination. Comme la conduite en état d'ébriété aggrave la responsabilité de l'auteur d'un accident, même et surtout si sa capacité de discernement s'en est trouvée altérée. Elie Wiesel souligne précisément dans son Mémoire à deux voix que :

> Le fanatisme est la seule forme de volonté qui puisse être insufflée aux faibles et aux timides. Le fanatisme est aveugle, il rend sourd et aveugle. Le fanatique ne se

[6] O. Vallet, *Petit lexique des guerres de religion d'hier et d'aujourd'hui*, Paris, Albin Michel, 2004.

> pose pas de questions, il ne connaît pas le doute : il sait, il pense qu'il sait'. Voltaire avait déjà décrit, dans son *Dictionnaire philosophique*, l'aliénation mentale générée par le phénomène. 'On entend aujourd'hui par fanatisme une folie religieuse, sombre et cruelle. C'est une maladie de l'esprit qui se gagne comme la petite vérole. Les livres la communiquent beaucoup moins que les assemblées et les discours. On s'échauffe rarement en lisant : car alors on peut avoir le sens rassis. Mais quand un homme ardent et d'une imagination forte parle à des imaginations faibles, ses yeux sont en feu, et ce feu se communique ; ses tons, ses gestes, ébranlent tous les nerfs des auditeurs.

Il en déduit le caractère pathologique qui serait de nature à faire considérer l'auteur d'attentat comme psychopathe :

> Lorsqu'une fois le fanatisme a gangrené un cerveau, la maladie est presque incurable. J'ai vu des convulsionnaires qui, en parlant des miracles de saint Pâris, s'échauffaient par degrés parmi eux: leurs yeux s'enflammaient, tout leur corps tremblait, la fureur défigurait leur visage, et ils auraient tué quiconque les eût contredits.

Un constat analogue est dressé aujourd'hui par François Jacob dans *Le jeu des possibles* (1981). Et Michèle Ansart-Dourlen rappelle que :

> Les philosophes des Lumières l'ont affirmé : chacun étant par nature doué de raison, c'était en fonction de l'oppression politique, et surtout religieuse, que le sujet, mystifié par des illusions, pouvait devenir un fanatique, un individu enclin au « délire » entraîné par des croyances irrationnelles, origine de violence[7].

Quelles conséquences en déduire sur la part de responsabilité pénale individuelle qui résulte des attentats commis sous l'emprise de cette aliénation ? Comme on l'a vu dans divers systèmes répressifs nationaux et comme il semble devoir être transposé sur le plan international, c'est au juge d'apprécier dans chaque cas, en fonction du caractère subi ou délibéré de l'emprise fanatique, le degré de culpabilité de l'auteur des actes de violence.

Si le fanatisme est considéré comme un facteur d'altération du discernement, il revient au juge d'apprécier, dans chaque cas, l'effet minorant de la culpabilité de l'auteur de l'acte. Certaines législations pénales internes le prévoient expressément. Ainsi, le Code pénal du Brésil précise à son article 65 : « Sont des circonstances qui atténuent toujours la peine […] *le fait d'avoir commis l'infraction sous l'influence d'un mouvement de foule, s'il ne l'a pas provoqué* ». Celui du Nicaragua à l'article 29 : « Sont des circonstances atténuantes de la responsabilité criminelle […] *le fait d'avoir agi sous l'empire de stimulants si puissants qu'ils ont naturellement engendré emportement et aveuglement, en l'espèce* ». Quant au Code pénal Tchécoslovaque de 1961 il énonce à son article 33 : « Lors de la fixation de la mesure de la peine, il sera notamment tenu compte, en tant que circonstance atténuante, du fait que le coupable […] *a perpétré le délit en état de forte*

---

[7] M. Ansart-Dourlen, « Réflexions sur les passions fanatiques, le statut du sujet et son évolution dans le monde contemporain », *Cahiers de psychologie politique*, 12, jan. 2008.

émotion ». Reste à savoir si le fanatisme est assimilable à un « mouvement de foule », un « stimulant si puissant » ou générateur d'une « forte émotion ». Pour le Kamikaze, le second et le troisième élément sont évidemment pertinents, mais inapplicable à l'auteur de l'acte disparu dans son accomplissement et donc insusceptible d'être jugé. En revanche ils seraient pertinents pour ses complices ou ses commanditaires quoi qu'il soit plus difficile de trouver chez ces derniers la même immédiateté de la pulsion et donc le même degré d'altération du discernement. Surtout si la planification des attentats a pris du temps et nécessité des calculs, des stratagèmes et des manœuvres.

3. La riposte de l'ONU prône la tolérance

Le Secrétaire général des Nations Unies a invité 1'000 dirigeants spirituels représentant 75 religions au siège de l'organisation à New York pour un sommet religieux en août 2000 et les a invité à lutter contre l'ignorance et la peur. Sur le sujet de l'extrémisme religieux, Kofi Annan a déclaré que ce fléau mène très souvent à l'oppression ou à la discrimination contre les femmes et les minorités ethniques. Pour lui, La religion peut avoir un pouvoir extraordinaire. Source de réconfort dans les moments de détresse, elle peut rendre un sens à la vie lorsque tout paraît insensé, et donner la force de relever les défis matériels et spirituels du quotidien. La religion nous aide à trouver notre place dans l'univers ; elle cimente familles et communautés, et inculque le sens moral et la compassion. Que l'on soit croyant fervent ou tenaillé par le doute, que l'on soit membre d'une communauté religieuse ou que l'on prie dans l'intimité, la foi et la pratique religieuse témoignent de notre humanité. Il a souligné que :

> Aucune religion ne peut, en effet, prétendre avoir le monopole du pardon, de la tolérance et de l'amour du prochain [...] il s'agit là de valeurs ancrées au plus profond de l'esprit humain. Ce sont d'ailleurs ces mêmes valeurs qui, tout naturellement, animent la Charte des Nations unies et sous-tendent notre recherche de la paix dans le monde.

C'est pourquoi, dit M. Annan :

> nous devons réaffirmer aujourd'hui, en ce haut lieu de la communauté mondiale, le droit fondamental qu'a chaque homme et chaque femme d'exercer sa liberté de religion et de culte, d'établir et de maintenir des lieux de culte, d'écrire, de publier et d'enseigner, de célébrer les fêtes, de choisir ses propres chefs religieux, et de communiquer avec d'autres dans son pays et à l'étranger.

Mais en même temps il a regretté que l'extrémisme religieux ait trop souvent exercé une discrimination. La religion a souvent emboîté le pas au nationalisme, attisant violence et conflits, et dressant groupe contre groupe. Les chefs religieux sont parfois restés muets quand leur voix aurait pu mettre un frein à la haine et la persécution, et sortir les individus de leur apathie. Ce n'est pas la religion en soi qui est en faute : « comme je l'ai souvent dit, le problème ne réside généralement

pas dans la croyance, mais dans les croyants ». Le principe de base est clair : « Chaque fois qu'une religion et ses adeptes sont persécutés, diffamés, attaqués ou victimes de l'arbitraire, c'est chacun de nous qui est avili et, partant, nos sociétés aussi. *L'intolérance et le fanatisme religieux ne peuvent avoir leur place au XXI^e siècle* ». Il concluait son discours par un appel solennel :

> Guides religieux et spirituels du monde, vous êtes porteurs des aspirations les plus profondes de l'humanité. Pour parvenir jusqu'ici, vous avez emprunté les chemins les plus divers. Certains d'entre vous ont été emprisonnés pour leurs convictions. D'autres ont survécu à l'holocauste ou ont vu s'abattre sur leur peuple le fléau du génocide. D'autres encore ont dû surmonter toutes sortes d'épreuves et de brimades. Quel que soit votre passé, où que vous appelle votre vocation, et quelles que soient les différences entre vous, votre présence à l'ONU aujourd'hui témoigne de votre volonté de partager notre mission et de soutenir notre action en faveur de la tolérance, du développement et de la paix dans le monde. Pour cela, nous avons tous à rendre grâce[8].

La communauté internationale et les Nations Unies ont adopté plus d'une douzaine de textes relatifs à la tolérance. Chaque année le 16 novembre, la communauté internationale célèbre la *Journée internationale de la tolérance* avec des activités qui s'adressent à la fois aux établissements d'enseignement et au grand public. L'Assemblée générale des Nations Unies a instauré cette journée par sa résolution 51/95 du 12 décembre 1996, faisant suite à l'Année 1995 pour la tolérance proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies à l'initiative de la Déclaration de principes sur la tolérance de l'UNESCO adoptée en 1995. Dans le document final du Sommet mondial de 2005, les chefs d'États et de Gouvernements s'engagent à élargir partout le bien-être humain, la liberté et le progrès, et à encourager la tolérance, le respect, le dialogue et la coopération entre les différentes cultures, civilisations et populations. Les Nations Unies ont adopté plusieurs documents diplomatiques relatifs à la tolérance contre le fanatisme générateur de terrorisme[9]. Mais ces textes ne sont pas des traités et sont

---

8 Département de l'information (DPI), Nations unies, New York, 29 août 2000.

9 Déclaration d'Astana adoptée par les participants à la Conférence ministérielle sur le thème « Un monde commun : le progrès par la diversité » (A/63/512-S/2008/677) – Déclaration de Madrid publiée par la Conférence mondiale sur le dialogue, 2008 (A/63/499) – Dialogue 2008 de Phnom Penh sur la coopération interconfessionnelle au service de la paix et de l'harmonie, 2008 (A/62/949) – Déclaration relative à la promotion du dialogue et de l'entente mutuelle entre religions et civilisations, 2007 (A/62/553) – Déclaration du deuxième Congrès des dirigeants de religions mondiales et traditionnelles, 2006 (A/61/378-S/2006/761) – Déclaration de Bali sur la construction de l'harmonie interconfessionnelle au sein de la communauté internationale, 2005 (A/60/254) – Programme mondial pour le dialogue entre les civilisations, 2001 (A/RES/56/6) – Déclaration et Programme d'action sur une culture de la paix, 1999 (A/RES/53/243) – Déclaration de Téhéran sur le dialogue entre les civilisations, publiée à l'issue du Symposium islamique sur le dialogue entre les civilisations, 1999 (A/54/116) – Déclaration de Vienne sur la paix et la tolérance au Kosovo, 1999 (S/1999/405) – Déclaration de principes sur la tolérance,

dépourvus de caractère obligatoire. Leur mise en œuvre est donc tributaire de la volonté des gouvernements et des groupes sur lesquels l'emprise étatique n'est pas toujours assurée. Le serait-elle qu'elle ne garantirait pas le respect des droits humains fondamentaux dès lors que la mondialisation de la démocratie et du respect des libertés n'est pas établie. A quand une grande convention universelle sur le sujet ?

Devant la 62ème session de l'Assemblée générale, le Président de la République française affirmait en septembre 2007 :

> Contre les égoïsmes, contre les fanatismes, contre la haine, nous avons le devoir de renouveler l'appel à la conscience universelle qui a déjà permis que pour la première fois dans l'Histoire tous les peuples du monde, toutes les nations acceptent de se réunir dans une enceinte commune pour se parler par-delà tout ce qui nous divise.

1995 (A/51/201) – Appel d'Istanbul, adopté par les participants au Symposium sur la tolérance, 1995 (A/C.3/50/5) – Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, 1992 (A/RES/47/135) – Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, 1981 (A/RES/36/55).

CHAPITRE TRENTE-HUIT

RETOS, AMENAZAS Y ESPERANZAS EN EL SISTEMA DE CONTROL Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN NACIONES UNIDAS

Jorge Cardona Llorens*

I. Introducción

Mi apreciado amigo y maestro Pierre Marie Dupuy, en su excelente *Droit international public*, tras describir las funciones de los Comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, señala:

> Plusieurs autres conventions universelles de protection des droits de l'homme [en plus des Pactes Internationaux sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels], telles la convention sur les droits de la femme, celle sur les droits de l'enfant, celle sur la non dis-discrimination raciale sont dotées de leur « mécanisme de suivi » sollicitant également les Etats parties de fournir périodiquement des rapports sur les conditions de la mise en œuvre des obligations souscrites. Tant et si bien qu'une nouvelle difficulté risque de se confirmer: celle résultant de la multiplication des procédures dont beaucoup sont victimes de leur succès; les Etats concernés, accablés sous le poids de l'obligation de faire rapport à des comités nombreux, s'acquittent de plus en plus imparfaitement d'un tel devoir. Un effort de rationalisation sera à terme vraisemblablement indispensable.[1]

Tanto la descripción de los hechos como la recomendación son muy acertadas. Es bien sabido que a lo largo de los últimos 45 años se han ido creando a través de tratados de derechos humanos celebrados en el marco de las Naciones Unidas un conjunto de órganos con funciones, principalmente, de control de la aplicación de los mismos. Así, nueve tratados de derechos humanos[2] han creado nueve

* Catedrático de Derecho Internacional, Universitat de Valencia, Miembro del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (las opiniones vertidas en este trabajo representan exclusivamente el punto de vista del autor y no el del órgano del que es miembro).

[1] Dupuy, P.M.: *Droit International Public*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 2008, p. 267.

[2] La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (de 21 de diciembre de 1965); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 6 de diciembre de 1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de 16 de diciembre de 1966); la Convención sobre la eliminación

Comités encargados cada uno de ellos del control de la aplicación de cada uno de esos nueve tratados. Se trata del Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales;[3] el Comité contra la Tortura; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; el Comité de los Derechos del Niño; el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familias; y el Comité contra las Desapariciones Forzosas. A estos nueve Comités debe añadirse el Subcomité para la Prevención de la Tortura, que suele incluirse dentro de la relación de órganos de tratados de derechos humanos por haber sido creado a través de un Protocolo Facultativo al *Convenio para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, aunque tiene funciones distintas a los Comités antes descritos, motivo por el que, aunque forme parte formalmente de tales órganos, lo dejaremos fuera de nuestro estudio.

Todos estos Comités están formados por expertos independientes elegidos por los Estados Parte en cada uno de los tratados y todos ellos tienen entre sus funciones el examen de los informes periódicos que deben presentar los Estados, así como el examen de comunicaciones individuales por violaciones de los derechos contenidos en el tratado correspondiente.[4] Igualmente, todos ellos tienen funciones importantes de interpretación del contenido de los respectivos tratados, que suelen ejercer, además de a través de la función de control de los Estados, por medio de Comentarios Generales u otras decisiones.

La creación de este tipo de órganos de control no fue algo premeditado y diseñado con anterioridad a su creación. Muy al contrario, se trata de una

---

de todas las formas de discriminación contra la mujer (de 18 de diciembre de 1979); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (de 10 de diciembre de 1984); la Convención sobre los Derechos del Niño (de 20 de noviembre de 1989); la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (de18 de diciembre de 1990); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (de 13 de diciembre de 2006); y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (de 20 de diciembre de 2006).

[3] En realidad, el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales no fue creado por el Pacto Internacional del mismo nombre, sino en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) asignándole las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto. No obstante, dado que su composición, funciones y competencias son similares a las de los otros órganos de tratados, este Comité es considerado también un "órgano de tratado".

[4] En el momento de redactar estas líneas, aunque los 9 Comités tienen reconocida a través de Protocolos facultativos la competencia para conocer de reclamaciones individuales, en dos de ellos dicha competencia todavía no se ejerce por no haber entrado en vigor el Protocolo que les reconoce dicha competencia. Se trata del Comité de Derechos del Niño y del Comité de trabajadores migrantes.

construcción empírica que se inició en 1965 con la creación del Comité contra la Tortura y que se ha ido continuando a lo largo de los años hasta llegar, en el momento de escribir estas líneas en 2012, hasta los 9 actuales. Esta falta de diseño previo, este "adhoquismo", va a ser una de las principales causas de los enormes problemas que hoy afrontan.

En efecto, la evolución producida en los últimos años, con el aumento de tratados, protocolos, Comités y Estados Parte ha supuesto la creación de un complejo tinglado que se ha convertido cada vez más en opaco y pesado. Cada Comité tiene su propio sistema de análisis de informes de los Estados y de examen de comunicaciones, así como unos plazos diferentes para la presentación de los informes periódicos. Más de 100 Estados son Parte al menos en 7 de los 9 tratados, lo que implica que cada uno de ellos debe presentar más de un informe por año a alguno de los Comités y que, en ocasiones, alguno de ellos debería presentar cinco informes un mismo año y ninguno los dos siguientes (dependiendo de las fechas de ratificación y de la periodicidad de la obligación de presentar informes periódicos). Informes que requieren un esfuerzo y un tiempo considerable en cada uno de los Estados. Entre los 9 tratados más los dos Protocolos adicionales al Convenio de Derechos del Niño (que prevén también la presentación de informes), suman un total de 1524 ratificaciones,[5] lo que significa que más o menos cada 4–5 años deberían presentarse a los 9 Comités 1524 informes.[6] Pero los Comités no disponen de presupuesto para reunirse todo lo que haría falta para examinar tan ingente número de informes.[7] Consecuencia clara de esta situación es que todos los Comités acumulan un elevado retraso (algunos de forma excesiva) en el análisis de informes y examinan habitualmente informes presentados más de dos años antes de su examen. Si no se ha colapsado ya el sistema es porque un

[5] En ellas hemos sumado las ratificaciones a los 9 tratados, más a los dos protocolos facultativos al Convenio de Derechos del Niño que exigen también, cada uno de ellos, la presentación de informes a los Estados. A estas ratificaciones habría que sumar además las 62 ratificaciones a día de hoy del Protocolo Adicional a la Convención contra la Tortura que no hemos incluido por venir referido al Subcomité contra la Tortura que hemos decidido excluir de nuestra reflexión.

[6] Más en concreto, de conformidad con los cálculos realizados por el ACDH, con los niveles actuales de ratificaciones, y si todos los Estados Partes informaran con la periodicidad prevista, los órganos de tratados deberían revisar un promedio anual de 320 informes de Estados parte.

[7] En 2011, entre todos ellos sumaron 73 semanas de reunión y debe tenerse en cuenta que la media suele ser de dos días por Estado (medio día para preparar la sesión de diálogo con cada uno de los Estados y, en su caso, hacerles preguntas por escrito, más un día dedicado al diálogo con los representantes del Estado y otro medio día dedicado a la redacción de las observaciones). Además, debe incluirse en esas 73 semanas el tiempo dedicado al análisis de las comunicaciones individuales, a la redacción de comentarios generales, reuniones para mejorar los métodos de trabajo, etc.

número no despreciable de Estados no cumplen su obligación de presentar los informes cuando deben. Pero ello significa que el sistema no se colapsa porque los Estados violan sus obligaciones, lo que implica además que se reduce el control en materia de respeto de derechos humanos.

Aunque cada Comité ha sido creado de forma independiente, *ad hoc*, y tiene su propia base de competencia en su correspondiente tratado, también es cierto que, poco a poco, ha ido configurándose la idea de que todos ellos constituyen un "sistema" que los agrupa. A ello ha ayudado, en primer lugar, el que todos hayan sido creados por el mismo procedimiento (a través de un tratado de derechos humanos)[8] y se les hayan encomendado funciones semejantes (aunque con especificidades para cada uno de ellos). En segundo lugar, el que la secretaría de todos ellos esté proporcionada por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de forma que se comparte entre todos ellos el personal administrativo y se centralizan servicios como la secretaría de comunicaciones. En tercer lugar, la existencia de problemas comunes a los que hacer frente y la necesidad de evitar una fragmentación excesiva en la doctrina de interpretación de los tratados en materias siempre conexas ha llevado a crear mecanismos de coordinación entre los que destaca la reunión anual de Presidentes de Comités, así como el reciente inicio de la práctica de elaborar Comentarios Generales entre varios Comités a la vez.[9]

De esta forma se ha intentado visibilizar un "sistema" en el que la multiplicación de tratados, de órganos de control y de procedimientos vinculados a los mismos, se ha presentado como una mejor y más específica protección de un número cada vez mayor de personas; y, en ese marco complejo, la idea de "sistema" es la que representa las interrelaciones entre las diferentes funciones de los órganos.

Pero lo cierto es que, pese a esos meritorios esfuerzos, todavía se está lejos de poder calificar al conjunto de órganos de tratados como un verdadero "sistema" en el que todas las piezas estén coordinadas y en el que, tanto la estructura como los procedimientos, estén "sistematizados".

La situación descrita, a la que hay que sumar otras circunstancias a las que más adelante haremos referencia, hace ver como necesaria bien una reforma, bien una adaptación, bien un fortalecimiento del conjunto, de forma que se cree un verdadero sistema que sea lo más eficaz posible. Sistema cuyo ideal sería que incluyera, no sólo los órganos de tratados, sino el conjunto de mecanismos de promoción y control de los derechos humanos de Naciones Unidas, es decir,

---

[8] Con la única excepción, ya señalada supra en nota 3, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales, creado por la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del ECOSOC.

[9] Del que un excelente ejemplo es la actual elaboración entre el Comité de Derechos del Niño y el Comité de Derechos de la Mujer sobre prácticas dañinas para la niñas, en especial la mutilación genital.

también la actividad del Consejo de Derechos Humanos, no sólo de forma directa a través del Examen Periódico Universal y del procedimiento de denuncias, sino también a través de sus órganos subsidiarios como los Mecanismos Especiales (temáticos y por países), los Foros (el Foro Social, o sobre cuestiones de Minorías), los grupos de trabajo (sobre Derecho al Desarrollo o sobre Derecho de los Pueblos), el Mecanismo para la Declaración y el Programa de Acción de Durban, el Comité Asesor del Consejo, etc.

Las reflexiones sobre esa reforma o fortalecimiento se vienen sucediendo desde hace ya bastantes años. En la década de los 80 ya se implementaron las primeras propuestas. Pero será a partir de 2000, en el marco de las iniciativas de reforma de Naciones Unidas lanzadas por el entonces Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, cuando empezarán a tomar más fuerza y a ser de más calado. Ha habido propuestas en este sentido que han surgido tanto desde los propios órganos de tratados, como desde la Secretaría General, en especial desde el Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Pero lo cierto es que todas las iniciativas se han quedado, hasta la fecha, en sólo eso: propuestas.

No obstante, a partir de otoño de 2009, la actual Alta Comisionada, Navanethem Pillay, lanzó un nuevo proceso en el que se implicaron muchos de los agentes que participan (las agencias y órganos de las Naciones Unidas, los órganos de tratados, las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, la sociedad civil organizada, expertos académicos, etc.) y respecto del que finalmente los Estados miembros de Naciones Unidas han decidido coger las riendas poniendo en marcha "un proceso intergubernamental abierto, en el marco de la Asamblea General, a fin de celebrar negociaciones abiertas, transparentes e inclusivas sobre el modo de fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos".[10]

Con el propósito de aportar algunas reflexiones personales, en las páginas que siguen me detendré en los principales desafíos que enfrenta, en mi opinión, este proceso.

Para ello analizaré, en primer lugar, el proceso que se ha llevado hasta la fecha y las posiciones manifestadas por los diversos actores internacionales respecto a cómo debe ser ese proceso (2) para, a continuación, destacar las principales propuestas que están sobre la mesa (3) y terminar intentando descubrir, en las conclusiones, qué hay detrás de las diversas posiciones a fin de poder valorar los retos, amenazas y esperanzas que se presentan en el futuro cercano al sistema de control y garantía de los derechos humanos en Naciones Unidas (4).

---

[10] AG, Res 66/254, de 15 de mayo de 2012, sobre *Proceso intergubernamental de la Asamblea General para fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, punto 1 del dispositivo.

2. Naturaleza y alcance del proceso abierto: evaluación a finales de 2012

Como hemos señalado, han sido muchos los intentos de construir un verdadero "sistema" de órganos de tratados a lo largo de los últimos años. Incluso el anterior Alto Comisionado de Derechos Humanos planteó a finales del siglo pasado una reforma revolucionaria consistente en sustituir todos los órganos de tratados por uno sólo que ejerciera las competencias de todos ellos. Afortunadamente, en nuestra opinión, dicha propuesta no fue seguida por los Estados.

La situación ahora parece ser distinta. El proceso de debate abierto en 2009 parece haber despertado, en la conciencia de todos los agentes implicados, la necesidad de hacer algo para reforzar el sistema y evitar su colapso. A lo largo de los años 2010 y 2011 se organizaron un gran número de consultas por las partes interesadas y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Dichas consultas se iniciaron con la redacción, por parte de 36 antiguos y actuales miembros de órganos de tratados, del denominado Documento de Dublín sobre el Proceso de Fortalecimiento del Sistema de Órganos de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en noviembre de 2009.[11] A partir de dicha Declaración y siguiendo la "hoja de ruta" en ella marcada, se reunieron, en Marruecos, las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en junio de 2010. En septiembre del mismo año se elaboró la Declaración de Pozman sobre el mismo tema con siete presidentes de órganos de tratados entre sus signatarios. En noviembre de 2010, veintiuna ONG de especial relieve respondieron por escrito a la Declaración de Dublín. El mismo mes se realizó en Ginebra una consulta sobre la mejora en la implementación y seguimiento y la maximización de la complementariedad entre los órganos de tratados, los procedimientos especiales y el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos. Se celebraron dos consultas con la sociedad civil en Seúl en abril de 2011 y en Pretoria en junio de 2011. Veintitrés ONG publicaron en octubre de 2011 una declaración conjunta sobre los procedimientos de comunicaciones. En septiembre del mismo año se celebró en Bristol una reunión de alto nivel con participación de representantes de todos los grupos interesados. En mayo de 2011 se celebró en Sión una consulta técnica con algunos Estados interesados. En octubre de 2011 se celebró en Lucerna una consulta para expertos académicos y en octubre y noviembre de 2011 se celebraron dos más en Nueva York y Ginebra para entidades de la ONU y mecanismos regionales. Los expertos de órganos de tratados celebraron varios "retiros de fin de semana" entre octubre de 2010 y mayo de 2011 y una consulta específica sobre comunicaciones individuales en octubre de 2011. Todo ello dio lugar, en noviembre de 2011 y con el apoyo del gobierno de Irlanda, a una nueva

[11] La Declaración fue preparada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Nottingham.

reunión de todos los presidentes de órganos de tratados junto a otros expertos miembros de los mismo, así como gran parte de los coordinadores de los eventos descritos y otros expertos, en la que se aprobó el denominado *Documento de Dublín II* que pronto se convirtió en un documento clave para el debate.

Dicho documento fue sometido a una discusión de todos los Estados interesados en Ginebra en febrero de 2012 y en Nueva York en abril de 2012. A la vez que la Alta Comisionada anunciaba la publicación de un informe con recomendaciones respecto al reforzamiento del sistema de órganos de tratados para junio de 2012.

Como puede observarse de la descripción realizada, desde 2009 hasta principios de 2012 se trató de un proceso capitaneado por la Alta Comisionada de Derechos Humanos y en el que todos los posibles agentes interesados (órganos de tratados, agencias de Naciones Unidas, sociedad civil, expertos y Estados) eran tratados en nivel de igualdad. Se trataba de un proceso basado en informes y opiniones expertas que desgranaban los problemas principales que presenta la práctica e intentaban aportar soluciones desde una perspectiva "experta" y lo más "técnica" posible.

Pero estamos hablando de derechos humanos. Y, si bien es verdad que la eficacia de un "sistema" puede analizarse desde una perspectiva técnica, también lo es que el contenido político de la materia es innegable. Está en juego el sistema de control a los Estados de sus obligaciones por parte de las Naciones Unidas y, en consecuencia, el poder de interpretación de las obligaciones de los Estados por parte de órganos formados por expertos independientes.

Sin duda, el legislador internacional, es decir los Estados, ha aceptado la participación en los procesos de negociación de textos internacionales de actores no estatales. Las organizaciones internacionales, las ONG y la opinión de algunos expertos internacionales es tenida en cuenta por los Estados en el proceso de celebración de tratados. Y esta realidad es especialmente visible en ámbitos de gestión de intereses colectivos de la Comunidad internacional como es el caso del medio ambiente o de los derechos humanos.[12]

Pero una cosa es que los actores no estatales emitan sus opiniones, realicen actividades de cabildeo e incidencia política y estén presentes en los foros de negociación, y otra cosa bien diferente es que sean esos actores no estatales los que dirijan la negociación de las obligaciones de los Estados. Y, como era de esperar, no tardaron los Estados en hacerlo notar.

Fue así como el 16 de febrero de 2012, liderados por la Federación de Rusia, un grupo de Estados formado además por Belarús, Bolivia, China, Cuba, Indonesia, Irán, Nicaragua, Pakistán, República Árabe Siria, Tayikistán, Venezuela y Zimbabwe, presentaban un proyecto de resolución a la Asamblea General[13] en

---

[12] *Vide*: J. Rios Rodríguez, *L'expert en droit international*, Paris, Pedone, 2010.

[13] UN Doc. A/66/L.37, de 16 de febrero de 2012.

el que se reclamaba que fuera ésta la que tomara las riendas de ese proceso, de forma que el proceso se "intergubernamentalizara". En otras palabras, que fueran los Estados los que decidieran la forma y el contenido de la posible "reforma", "fortalecimiento" o "mejora" del "sistema".

Con una ligeras modificaciones exigidas principalmente por los Estados Unidos y por los Estados miembros de la Unión Europea para apoyar el proyecto, se aprobó finalmente por la Asamblea General el 23 de febrero de 2012 (es decir, después de la reunión de la Alta Comisionada con todos los Estados interesados celebradas en Ginebra en febrero de 2012 y antes de la prevista en Nueva York en abril de 2012) la resolución 66/254 que lleva por título *Proceso intergubernamental de la Asamblea General para fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos* y en la que:

> *Observando con aprecio* la iniciativa y los esfuerzos de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos encaminados a que se celebraran consultas con múltiples interesados para reflexionar sobre el modo de simplificar y fortalecer el sistema de órganos creados en virtud de tratados,
>
> *Observando* que el proceso de consulta con múltiples interesados entrañó la celebración de varias reuniones en las que participaron representantes de Estados Miembros, órganos creados en virtud de tratados, instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas, así como eventos organizados por diversos Estados Miembros [...]
>
> 1. Solicita al Presidente de la Asamblea General que ponga en marcha un proceso intergubernamental abierto, en el marco de la Asamblea [...], a fin de celebrar negociaciones abiertas, transparentes e inclusivas sobre el modo de fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos; [...]
>
> 3. Decide que, en sus deliberaciones, el proceso intergubernamental abierto antes mencionado tomará en consideración las propuestas pertinentes sobre el fortalecimiento y la mejora del funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, incluidas las que figuren en los informes del Secretario General y el informe de recopilación que preparará la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y, a ese respecto, invita a la Alta Comisionada a que le presente el informe de recopilación en junio de 2012 a más tardar;
>
> 4. Reafirma que en las deliberaciones que se celebren en el marco del proceso intergubernamental abierto podrán participar todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y Estados observadores, las organizaciones intergubernamentales pertinentes y los órganos competentes de las Naciones Unidas; [...]
>
> 6. Solicita también al Presidente de la Asamblea General que, tras celebrar consultas con los Estados Miembros, establezca arreglos oficiosos separados para que el proceso intergubernamental abierto pueda beneficiarse de las aportaciones y los conocimientos especializados de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes, teniendo presente el carácter intergubernamental del proceso mencionado en el párrafo 1 supra.

En otras palabras, la Asamblea acuerda que se abra un proceso intergubernamental en el que puedan participar todos los Estados miembros, más los Estados observadores (que son parte en algunos de los tratados de derechos humanos), las organizaciones intergubernamentales (que tienen sus propios sistemas de derechos humanos) y los órganos de Naciones Unidas con competencia (que deben implementar el acuerdo). Los trabajos llevados a cabo hasta ese momento serán "tomados en consideración" y las opiniones de actores no gubernamentales, incluidos los propios órganos de tratados, puedan ser escuchadas, a través de arreglos oficiosos, tras celebrar consultas con los Estados Miembros.

Los Estados nos recuerdan que ellos son los "dueños" del sistema de órganos de tratados y que, por tanto, cualquier modificación del mismo son ellos quienes deben proponerla, negociarla y aceptarla.

Para iniciar este proceso, el Presidente de la Asamblea General nombró, conforme a lo solicitado en la resolución, dos cofacilitadores[14] que, tras diversas reuniones con los Estados[15] y con otros actores interesados,[16] han presentado un informe sobre las actividades realizadas durante los primeros 6 meses de este proceso intergubernamental, recomendado que sea prorrogado al menos hasta el siguiente periodo de sesiones.[17]

Finalmente, el 17 de septiembre de 2012 se aprobaba la resolución 66/295 de la AG sobre *Prórroga del proceso intergubernamental de la Asamblea General para fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, en la que se "*Decide* prorrogar el proceso intergubernamental hasta el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General a fin de profundizar los debates realizados hasta ahora con el objetivo de determinar, en el próximo período de sesiones de la Asamblea, medidas

---

[14] Parágrafo 2 del dispositivo de la resolución 66/254 de la AG. En cumplimiento de dicha solicitud, el 11 de abril de 2012, el Presidente de la AG nombró cofacilitadores del proceso a la Sra. Greta Gunnarsdottir, Representante Permanente de Islandia ante las Naciones Unidas, y al Sr. Desra Percaya, Representante Permanente de Indonesia ante las Naciones Unidas.

[15] Entre ellas destacan dos reuniones oficiosas con los Estados Miembros, celebradas el 12 de junio y 2 de julio de 2012, respectivamente, así como numerosas consultas bilaterales con Estados Miembros y un conjunto de consultas oficiosas celebradas los días 6, 10, 11 y 12 de septiembre de 2012 para examinar el proyecto de resolución presentado en septiembre para prorrogar el proceso intergubernamental abierto.

[16] En especial, una videoconferencia con los Presidentes de los órganos creados en virtud de tratados celebrada el 25 de junio de 2012; diversos debates temáticos celebrados del 16 al 18 de julio de 2012 con expertos de los órganos creados en virtud de tratados y representantes de instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil, que participaron en calidad de expertos; y un foro de la sociedad civil celebrado el 4 de septiembre de 2012 para brindar a ésta la oportunidad de contribuir al debate relativo a fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.

[17] UN Doc. A/66/902, de 14 de septiembre de 2012.

concretas y sostenibles para fortalecer y mejorar el eficaz funcionamiento del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos".

Estamos, por tanto, en pleno proceso intergubernamental de debate y negociación sobre medidas a adoptar. No está siendo un proceso pacífico. Muy al contrario las posiciones de los Estados se encuentran bastante alejadas y, a su vez, las posiciones del conjunto de Estados se diferencian de las de los agentes que participaron en el origen del proceso, es decir, el Alto Comisionado y los propios órganos de tratados.

Aunque la naturaleza del proceso se ha aclarado al haberse "intergubernamentalizado", siguen existiendo diferencias respecto a quienes deben participar, y con qué protagonismo, en el mismo. Prueba de esas diferencias es la explicación de voto realizada por la Federación de Rusia, en nombre del grupo interregional promotor de la apertura del proceso intergubernamental en la Asamblea General,[18] en el que señalan explícitamente que:

> Consideramos que el cumplimiento estricto de las disposiciones básicas de la resolución 66/254 es crucial para el éxito de las negociaciones futuras. Esos elementos incluyen mantener el carácter intergubernamental del proceso en la Asamblea General, en especial respetando las modalidades actuales que se enuncian en los párrafos 4 y 6 de la resolución, y la posibilidad de analizar toda propuesta sobre el fortalecimiento y la mejora del funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados sobre derechos humanos, que formule cualquier Estado o grupo de Estados, que también dimane de la autoridad de la Asamblea General en virtud de la Carta de las Naciones Unidas.[19]

Se trata de una renovada afirmación de que la opinión de los Estados debe ser la única que debe ser determinante en el proceso y en los acuerdos que de él salgan.

Frente a esta posición, el representante de los Estados Unidos tomó la palabra para señalar explícitamente que ellos consideran que las organizaciones no gubernamentales deben seguir participando en todos los aspectos del debate a lo largo de este proceso.[20]

Pero las diferencias fundamentales no están sólo en cómo debe llevarse el proceso y quienes deben participar, sino especialmente en el contenido de las medidas que deben ser adoptadas. Los Estados han ido haciendo públicas sus posiciones al respecto en los diversos encuentros habidos hasta la fecha. La Unión Europea ha ido manteniendo hasta ahora una posición común para la negociación.[21] Y, terminada la primera fase del proceso, cuatro días después de

---

[18] Integrado, como antes se ha señalado, por Belarús, Bolivia, China, Cuba, Irán, Nicaragua, Pakistán, Siria, Venezuela y la propia Federación de Rusia.

[19] UN Doc. A/66/PV.130, 7.

[20] *Ibid*., 8.

[21] Dicha posición fue expresada principalmente en las intervenciones de la UE a lo largo de las consultas en 2012, especialmente, en las consultas tenidas en Nueva York los días 16 a 18 de julio.

aprobarse la resolución por la que se prorroga el mismo, la Federación de Rusia hizo pública, a través de una carta de fecha 21 de septiembre de 2012 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas,[22] sus posiciones en relación al contenido de la negociación. Posiciones que, aunque se presumen coincidentes con un número no desdeñable de Estados y, en especial, los miembros del grupo interregional promotor, no coinciden en muchos apartados con las manifestadas por los Estados Unidos, por la Unión Europea u otros Estados.[23]

Al contenido de esas discusiones y posturas manifestadas dedicamos el siguiente apartado.

3. El contenido de las propuestas para el fortalecimiento del sistema

Los documentos básicos para comprender las problemas a tratar y las alternativas que se proponen para su solución son, de un lado, las recomendaciones de la Alta Comisionada de Derechos Humanos formuladas en su informe de junio de 2012[24] en el que realiza una síntesis de las recomendaciones que se habían ido pergeñando a lo largo del proceso por ella iniciado en 2009 hasta principios de 2012, así como el informe de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos sobre su 24ª reunión, celebrada en Addis Abeba del 25 al 29 de junio de 2012;[25] de otro lado, el Informe presentado en septiembre de 2012 por los cofacilitadores del proceso intergubernamental abierto

---

[22] UN Doc. A/67/390. En dicha carta, la Federación Rusa además de fijar sus posiciones respecto de los temas de discusión en el proceso abierto, vuelve a reiterar su visión de cómo debe realizarse el proceso afirmando: "el 23 de febrero de 2012, la Asamblea General, por iniciativa de la Federación de Rusia, aprobó la resolución 66/254, titulada *Proceso intergubernamental de la Asamblea General para fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. Al impulsar esa iniciativa, la parte rusa se guió por su preocupación acerca del futuro de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y por la necesidad de encauzar las múltiples deliberaciones aisladas que tienen lugar actualmente sobre esas cuestiones hacia el ámbito intergubernamental bajo los auspicios de la Asamblea General. A ese respecto, la parte rusa considera necesario respetar estrictamente el carácter intergubernamental del proceso de negociaciones iniciado en la Asamblea General, cuyos criterios de participación aparecen claramente definidos en los párrafos 4 y 6 de la resolución 66/254."

[23] Una visión general de las diversas posiciones de los Estados se puede consultar en el documento *"Compilation of excerpts from the written submissions by states parties to the call of the un high commissioner to strenghten the treaty bodies"*, preparado por el Alto Comisionado. El texto de todas ellas puede consultarse en el sitio internet: http://www2.ohchr.org/english/bodies/HRTD/index.htm.

[24] *Informe de la Alta Comisionada sobre el fortalecimiento del sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, UN Doc. A/66/860, de 26 de junio de 2012.

[25] UN Doc. A/67/222, de 2 de agosto de 2012.

para celebrar negociaciones abiertas, transparentes e inclusivas sobre el modo de fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humano;[26] y, finalmente, las posiciones expresadas por lo diversos Estados participantes a las que hemos hecho referencia al final del apartado anterior. Otros documentos que, sin duda, fueron importantes en su momento por haber preparado el camino a la actual fase de negociación, han dejado de ser importantes para la misma.[27]

Ya hemos señalado que las posiciones de los diversos actores son divergentes. Pero, para poder comprender mejor dichas posiciones, podemos agruparlas en torno a la lista no exhaustiva de cuestiones elaborada por los cofacilitadores del proceso intergubernamental a fin de proporcionar cierta estructura para las deliberaciones del proceso. Ellos han clasificado los problemas a tratar en 4 grandes apartados:[28] (3.1) La elaboración de un calendario general para la presentación de informes; (3.2) Los métodos de trabajo; (3.3) El proceso de presentación de informes; y (3.4) La capacidad para implementar.

3.1. *La elaboración de un calendario general*

La cuestión que se plantea en este apartado es la del calendario de presentación de informes por parte de los Estados. Como hemos señalado en la introducción, la actividad de presentación de informes por los Estados y de su evaluación por los Comités, está absolutamente desbordada.

Los informes de los Estados parte sometidos al conjunto de los 6 comités que funcionaban en el año 2000 fueron 102 (cuando entre todos los tratados de derechos humanos sumaban 927 ratificaciones) y en el año 2011 los informes sometidos por los Estados al conjunto de los 9 comités en funcionamiento fueron 136 (ya con 9 tratados más los dos protocolos de la Convención de los Derechos del Niño, que exigen también la presentación de informes, y sumando entre todos ellos 1586 ratificaciones). Este desfase en la presentación de informes sólo se ve compensado por el retraso en su evaluación por los Comités, pues si en el año 2000 los seis comités existentes aprobaron 68 observaciones finales a Estados tras examinar sus informes, en el año 2011 los nueve comités existentes aprobaron 118 observaciones finales.

Esta situación ha provocado que, si en el año 2000 había aproximadamente 200 informes de Estados pendientes de revisión por los seis comités en funcionamiento, el 21 de marzo de 2012 eran 281 los informes presentados por los Estados

---

[26] UN Doc. A/66/902, de 14 de septiembre de 2012.

[27] Nos referimos, principalmente a documentos como el denominado Documento de Dublín II sobre Fortalecimiento del Sistema de Órganos de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobado en la ciudad irlandesa el 11 de noviembre de 2011, o los informes anteriores de la Alta Comisionada de Derechos Humanos.

[28] *Vide* el apéndice del UN doc. A/66/902 antes citado.

parte y pendientes de examen. De esta forma, el tiempo medio de retraso entre la presentación del informe por el Estado y su evaluación en los comités es de entre 2 y 4 años, salvo en el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que la media de retraso es de entre 6 y 7 años.

Con los niveles actuales de ratificaciones, y si todos los Estados Partes informaran con la periodicidad prevista, los órganos de tratados deberían revisar un promedio anual de 320 informes de Estados y en la actualidad dichos órganos tienen capacidad para examinar sólo una tercera parte.[29]

Ante una situación tan lamentable, en la que si el sistema no se ha colapsado ha sido porque los Estados incumplen sus obligaciones, es necesario hacer algo que lleve, de una parte, a facilitar a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones no poniéndoles tareas inasumibles y, de otra, que permita a los Comités responder al desafío de tal cumplimiento.

Es en este marco en el que, a fin de tener más claridad en la planificación, mayor eficacia y, en general, mejor acceso al proceso de presentación de informes, la Alta Comisionada ha propuesto un calendario exhaustivo para la presentación de informes. Según lo propuesto, el calendario combinaría todos los plazos actuales para los informes en un solo sistema, basado en ciclos periódicos quinquenales. Dentro de ese quinquenio, los Estados que hubieran ratificado todos los tratados tendrían que preparar un máximo de dos informes al año. Después de la presentación de un informe vendría un período de seis meses para que otras partes interesadas facilitaran información complementaria y luego otros seis meses para que el órgano creado en virtud de tratados pertinente se preparara para el diálogo interactivo. Esto significaría que al cabo de cinco años todos los Estados habrían presentado todos los informes previstos en todos los tratados, y que cada informe se examinaría en el plazo de un año a partir de su presentación.

Esta propuesta, que en principio parece bien acogida por la mayor parte de los actores, no deja de presentar muchos problemas. Entre ellos: ¿qué pasa si un Estado no cumple? ¿y si es el órgano de tratado el que no lo hace? ¿cómo se escalonan los informes: de manera aleatoria o se van alternando aquellos informes que mayor carga de recopilación de datos y de proceso llevan con aquéllos otros que son menso complejos de realizar? ¿Existen informes que se examinan de manera más apropiada durante el mismo año o incluso al mismo tiempo? ¿El orden será el mismo para todos los Estados con independencia de qué tratados haya ratificado? ¿Es suficiente un lapso de 5 años, o sería mejor elevarlo a seis o siete?

---

[29] Todos los datos citados están extraídos del informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el fortalecimiento de los órganos de derechos humanos presentado a la Asamblea General el 26 de junio de 2012 (UN Doc. A/66/860).

Todas estas preguntas y muchas más han sido planteadas por los Estados y las propuestas frente a ellas son diversas aunque hay que reconocer que existen varios puntos de coincidencia. En primer lugar, todas las delegaciones afirman ver con simpatía la propuesta, pero todas expresan la necesidad de pensarla más detenidamente. En especial, existe coincidencia en la preocupación por si los Comités podrían, con su capacidad actual, abordar ese calendario sin aumentar sus recursos y, en el caso de ser necesario aumentarlos, en qué medida habría que hacerlo. En segundo lugar, existe coincidencia en la preocupación por si los Estados menos desarrollados podrán soportar la presentación de tantos informes en un periodo de cinco años. Finalmente, existe preocupación unánime en saber qué ocurriría si un Estado no presenta algún informe ¿será analizado sin informe ni presencia del Estado?

En nuestra opinión esta solución desvirtuaría la filosofía del sistema de presentación de informes. El sistema se basa en la idea de que la función principal de los Comités no es examinar al Estado, darle un aprobado o un suspenso por su actuación, darle o negarle un certificado de buena conducta. Muy al contrario, la función principal de los Comités es ayudar al Estado en el cumplimiento de las obligaciones que él ha asumido de manera libre y voluntaria. Han sido los Estados los redactores de los tratados y han sido ellos los que han decidido obligarse por ellos. Si no lo hacen, podrá exigírseles responsabilidad internacional por violación de sus obligaciones jurídicas, pero no son los Comités los encargados de hacerlo. Las finalidades del sistema de informes periódicos y de su debate con los Comités son varias y consisten principalmente en:

En primer lugar, hacer que el Estado reflexione de forma periódica sobre cómo está cumpliendo las obligaciones que ha asumido. Reflexión que realiza redactando el informe en el que él mismo descubre cuales son sus principales debilidades, fortalezas, amenazas y oportunidades. Esta primera actividad, que se le recomienda que realice en diálogo con las instituciones nacionales independientes de derechos humanos y con la sociedad civil (aunque quien debe finalmente redactar y presentar el informe es el Estado), es ya de una gran importancia. Los Estados, en su día a día, no tienen tiempo para reflexionar sobre lo que están haciendo y cómo lo están haciendo con una visión de conjunto. La obligación de preparar el informe es, pues, una gran oportunidad.

En segundo lugar, el diálogo con el respectivo Comité sirve al Estado para confrontar sus ideas, sus logros y sus proyectos, con un grupo de expertos. Grupo de expertos cuya función no es criticar ni felicitar, sino hacer observaciones y recomendaciones al Estado, a la luz de sus circunstancias particulares, para que en el próximo periodo pueda cumplir mejor con las obligaciones que ha asumido.

Pero, si un Estado no elabora el informe y si no se presenta para dialogar con el grupo de expertos, estas finalidades básicas se pierden. Sin duda se conseguirán otras como, por ejemplo, dar guías a la sociedad civil para que puedan dialogar con el Estado a fin de que cumpla sus obligaciones. Pero, fácilmente se desvirtuaría la finalidad del sistema convirtiéndose en un examen donde se ponga de

manifiesto lo que está haciendo mal el Estado (empezando por no presentar el informe) y denunciando públicamente sus incumplimientos.

En mi opinión esta situación debería evitarse. Tal vez una alternativa es elaborar un calendario que implique un mayor número de años (siete por ejemplo) para facilitar la labor del Estado. Igualmente debería proporcionarse más ayuda técnica a los Estados pequeños o con menos medios para la elaboración de sus informes. Y, en todo caso, no veo claro que se revise la situación de un Estado sin su presencia. Tal vez, si el Estado no cumple el calendario, habría que buscar otras soluciones para que pueda recuperar el plazo perdido.

Los argumentos que acabo de realizar coinciden sustancialmente con la mayor parte de las reflexiones y propuestas realizadas por los Estados en el marco del proceso intergubernamental. Tanto la posición mantenida por la Unión Europea, como por Rusia y los demás Estados coincide en ver con simpatía el calendario pero todos expresan sus dudas sobre su duración y sobre las consecuencias de llevarlo a la práctica. Así, por ejemplo, en su escrito de septiembre de 2012 Rusia señala que:

> 18. La idea de elaborar un calendario único y general requiere un estudio más detallado.
>
> 19. A pesar de su atractivo a primera vista, esa propuesta no deja de adolecer de varias deficiencias. La principal de todas ellas es que socava el principio fundamental en que se basa la labor de los órganos creados en virtud de tratados. La misión primordial de esos órganos es mantener un diálogo constructivo con los Estados partes y ayudarlos a cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de cada tratado particular. La adopción de un calendario único y general podría dar lugar a una situación en la que los órganos examinarían el cumplimiento por los Estados de las disposiciones de los tratados en ausencia no solo del informe nacional, sino de una delegación gubernamental oficial.
>
> 20. La introducción de un calendario único y general, además, impondría una carga adicional a los países menos adelantados, para los cuales la presentación anual incluso de un solo informe puede convertirse en una tarea abrumadora.

Posiciones semejantes han ido manifestando los Estados, de forma que las cuestiones que plantean los cofacilitadores para el segundo año del proceso giran sobre estas mismas cuestiones. Las cuestiones son:

1. ¿Qué oportunidades brinda el calendario general para optimizar la labor de los órganos creados en virtud de tratados?
2. ¿Qué cuestiones se plantean en cuanto a la forma en que los informes se dividen entre los años?
3. ¿Cuál es la duración más apropiada de un ciclo de examen en el contexto del calendario general?
4. ¿Qué recursos son necesarios para su implementación?

3.2. *Los métodos de trabajo*

En este segundo apartado, las cuestiones que se plantean tienen que ver con el fortalecimiento de la independencia y la experiencia de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados, los distintos procedimientos de comunicaciones, las investigaciones, las visitas a los países y el aumento de la visibilidad de los Comités, y la mejora del acceso a ellos.

El sistema entero de órganos de tratados de derechos humanos reposa sobre la idea de que el control de la aplicación de los mismos será realizado por órganos que por su naturaleza jurídica son independientes, lo que garantiza un enfoque no selectivo de los derechos humanos y les deja fuera del ámbito político. De ahí la necesidad de que sus miembros reúnan las características de independencia, especialización, competencia, disponibilidad, reparto geográfico, representación de las diversas culturas jurídicas, equidad de género y multidisciplinariedad.

Para conseguir estos requisitos, los tratados prevén, en primer lugar, que la elección de los miembros deberá hacerse, a propuesta de los Estados, por la mayoría de los Estados Parte.

Alguno de ellos prevén explícitamente el reparto geográfico, pero otros se limitan a señalar que deberán estar representadas las diversas regiones y culturas, pero no establecen cuotas por regiones.

Esta cuestión del reparto geográfico, basada en las agrupaciones "clásicas" de Naciones Unidas (África, Asia, América Latina y Caribe, Europa oriental y Europa occidental y otros Estados) no deja de ser hoy algo artificial y en todo caso, plantea debate entre los Estados.

Señalo que no deja de ser algo artificial porque la división entre Europa oriental y Europa occidental y otros Estados está basada en la lógica de la guerra fría, pero hoy lleva a situaciones absurdas. Por ejemplo, en el Comité de los Derechos del Niño, sumamos en la actualidad seis miembros entre los nacionales de países de Europa oriental (2) y de Europa occidental (4). Sin embargo, de los 4 de Europa occidental sólo uno (yo mismo) es miembro de la Unión Europea, mientras que los dos de Europa oriental son nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (Bulgaria y Eslovaquia). De esta forma, la representación de Europa oriental está encarnada por ciudadanos de la Unión Europea.

No obstante, es precisamente Rusia la que defiende el estricto cumplimiento del reparto geográfico, llegando a solicitar que, aunque no esté previsto explícitamente en los tratados, se establezcan disposiciones específicas nuevas que lo exijan.[30] Por el contrario, la Unión Europea no se pronuncia por el estricto cumplimiento del reparto geográfico.

---

[30] Así, en el escrito presentado por Rusia en septiembre de 2012 podemos leer: "Con el fin de respetar el principio de la representación geográfica equitativa de los Estados en la composición de los órganos creados en virtud de tratados es conveniente establecer cuotas regionales para la composición de esos órganos. La Federación de Rusia

En todo caso, el reparto geográfico no garantiza ni la independencia, ni la especialización, ni la competencia, ni la disponibilidad, ni la equidad de género, ni la multidisciplinariedad. La práctica así lo demuestra. Parece, por tanto, lógico que se plantee adoptar criterios para garantizar esa competencia, imparcialidad e independencia.

Sin duda, una parte importante de los candidatos propuestos por los Estados reúnen las características antes señaladas. Pero también es cierto que el procedimiento de propuesta de candidatos, el de elección por parte de los Estados y las características de un no despreciable número de expertos electos, presentan graves carencias en relación a los requisitos para conseguir que el órgano de control del que forman parte sea efectivamente independiente, representativo y experto.

Así, en muchos casos no son conocidas las motivaciones que han llevado a un Estado a proponer un determinado candidato. Son muy raros los supuestos en que el Estado consulta con las instituciones nacionales de derechos humanos, la sociedad civil organizada especializada en el ámbito de cada Comité, o los expertos científicos o académicos en la materia. No son escasos los supuestos en que cuesta ver, mirando el curriculum del candidato, cual es su especialización en el ámbito del Comité para el que ha sido propuesto. Tampoco son escasos los supuestos en que el Estado propone como candidato a un diplomático o alto funcionario de la administración del Estado (en cuyo caso es difícil la presunción de independencia) o a una persona que podría plantear conflicto de intereses respecto de los temas a tratar en el Comité para el que se le propone.

Estas situaciones descritas no tendrían especial importancia si, en el proceso de elección, los candidatos fueran sometidos a un riguroso sistema de selección en el que existieran causas claras de incompatibilidad y se examinara la idoneidad de los candidatos para el puesto de experto al que se presentan. Pero lo cierto es que la elección se produce por votación secreta de los Estados Parte y no existen procedimientos públicos previos de examen de la idoneidad.

Esta afirmación no significa que no existan procedimientos de examen. Confieso que me quedé gratamente sorprendido de muchas de las experiencias vividas durante mi proceso de selección para el Comité de los Derechos del Niño. Por una parte, fui entrevistado por la sociedad civil organizada que, en la búsqueda de una mayor transparencia, ha iniciado procedimientos públicos de examen a través de entrevistas voluntarias que luego publican y a partir de cuyos resultados hacen cierto cabildeo entre los Estados. Por otra parte, fue más elevado de lo esperado el número de Estados que pidieron entrevistarse conmigo y que se presentaron a la entrevista con una delegación formada por varios expertos a fin

---

considera que los parámetros específicos deben ser aprobados por las conferencia de los Estados partes en los tratados internacionales pertinentes." (UN Doc. A/67/390, para. 48)

de realizar preguntas sobre la Convención, sus Protocolos, los métodos de trabajo y mi experiencia previa. Reconozco que no siempre tuve claro si las preguntas me las realizaban para saber si era un experto independiente o para averiguar cual iba a ser mi actitud ante ciertos problemas propios del Estado que realizaba el examen. Pero en todo caso, todo ello incide en el carácter independiente del candidato. Desgraciadamente, no todas las entrevistas fueron iguales y no me entrevisté con los 194 Estados Parte, por lo que no tengo claro en que basaron esos otros Estados con los que no me entrevisté su decisión sobre mi candidatura.

Creo firmemente que debería plantearse la realización de exámenes públicos por parte de los Estados a los candidatos, con presencia en el público de la sociedad civil organizada y de los medios de comunicación. Ello haría que todos los candidatos pudieran ser examinados por todos los Estados; evitaría que, en el marco de las entrevistas personales, un candidato diga una cosa a unos Estados y la contraria a otros; implicaría un elevado ahorro de tiempo y dinero de largas campañas con los candidatos presentes en Nueva York; visibilizaría la idoneidad de los candidatos ante las opinión pública y haría ganar en independencia, calidad y prestigio a los órganos de tratados. La trasparencia es un aliado inmejorable de la independencia y la calidad del proceso de selección. El sistema de elección de los miembros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos creo que es un buen ejemplo de estas afirmaciones.

Por otra parte, además de la independencia, debe buscarse que los expertos que forman parte de los órganos de tratados sean, como hemos dicho, especialistas, competentes, con disponibilidad, con un reparto equitativo no sólo de carácter geográfico, sino también de las diversas culturas jurídicas, de género y de disciplinas implicadas (juristas, médicos, sociólogos, economistas, trabajadores sociales, psicólogos, etc.) Conseguir ese resultado, lo que no siempre se hace hasta la fecha, depende tanto de la designación de candidatos por los Estados, como de los procesos de selección. Ambos pueden y deben mejorarse.

Pero la posición de los Estados no es siempre acorde con las opiniones que acabo de verter. Así, si Rusia defiende el establecimiento de nuevas normas que garanticen el estricto respeto de cuotas geográficas, por el contrario se opone a cualquier requisito exigible a los candidatos más allá de lo que dicen los tratados, así como a procedimientos para su elección que lleven a una mayor transparencia. Así, en palabras de la federación Rusa:

> 48. Con el fin de respetar el principio de la representación geográfica equitativa de los Estados en la composición de los órganos creados en virtud de tratados es conveniente establecer cuotas regionales para la composición de esos órganos. La Federación de Rusia considera que los parámetros específicos deben ser aprobados por las conferencia de los Estados partes en los tratados internacionales pertinentes.
>
> 49. Los requisitos que deben cumplir los candidatos a miembros de los órganos creados en virtud de tratados y el mecanismo para su designación y elección están consagrados en los tratados internacionales pertinentes y son de la competencia exclusiva de los Estados partes. Solo mediante la introducción de las enmiendas

> correspondientes en los tratados internacionales o la elaboración de instrumentos adicionales adecuados (protocolos facultativos) podría modificarse el procedimiento actual de selección de candidatos y elección de expertos. La introducción de criterios y mecanismos nuevos (órganos consultivos) de selección de candidatos mediante la adopción por los órganos creados en virtud de tratados de decisiones, recomendaciones o directrices excede las atribuciones conferidas a esos órganos y viola los mandatos pertinentes.
>
> 50. Parece necesario elaborar un conjunto de medidas encaminadas a despolitizar la labor de los órganos creados en virtud de tratados y aumentar la objetividad de sus expertos, así como a garantizar su verdadera independencia, no solo respecto de los Estados partes, sino también de otros "grupos de interés", como entidades de la sociedad civil e instituciones académicas, además de organismos del sistema de las Naciones Unidas. A tal fin, es importante elaborar un conjunto de normas de conducta desde el punto de vista ético y profesional y de requisitos que deberían cumplir los miembros de los órganos (similar al Código de Conducta para los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas), así como el mecanismo correspondiente para dirimir responsabilidades por el cumplimiento inadecuado de sus obligaciones. La Federación de Rusia también considera conveniente imponer límites a la reelección de los expertos de los órganos.[31]

En otras palabras, Rusia no acepta injerencias en la libertad de los Estados para designar el candidato que consideren oportuno sin necesidad de garantizar ningún requisito, ni tampoco acepta ningún sistema de criterios o procedimientos nuevos para la elección por los Estados. Manifiestamente quiere mantener el *status quo* en este ámbito. Eso sí, propone que los Estados elaboren normas de conducta que impongan limitaciones a la actuación de los expertos ya elegidos. Limitaciones para garantizar su independencia, no de los Estados, sino de la sociedad civil, de las instituciones académicas y de los organismos del sistema de las Naciones Unidas, a los que denomina "grupos de interés."

Estas afirmaciones las realiza Rusia conociendo ya las *Directrices sobre la independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, aprobadas por los presidentes de los órganos de tratados de derechos humanos en su 24ª reunión, celebrada en Addis Abeba del 25 al 29 de junio de 2012. Directrices en las que los propios expertos de los Comités han decidido establecer estrictas normas para garantizar su independencia e imparcialidad.

Es cierto que estas directrices presentan ciertas paradojas. Entre ellas destaca que se prevé la prohibición, durante el mandato como experto, de ser elegido o

---

[31] *Anexo de la carta de fecha 21 de septiembre de 2012 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas Criterios de la Federación de Rusia en relación con la cuestión del perfeccionamiento de la labor de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, UN Doc. A/67/390, 2012.

contratado para trabajar en un cargo de relevancia y dependencia política de un Estado,[32] lo que sin embargo no está prohibido para ser candidato.

Frente a la posición de Rusia (y del grupo de Estados que capitanea en esta negociación), la Unión Europea y sus Estados Miembros mantienen una posición más flexible en cuanto a la introducción de procedimientos nuevos en la elección de candidatos así como en que deben ser los propios Comités los que aprueben sus normas de independencia e imparcialidad y no los Estados.

Junto a las cuestiones relativas a las condiciones que deben cumplir y al proceso de elección de los expertos, en este grupo se plantean también las siguientes cuestiones:

- *La transmisión web para aumentar la visibilidad de los órganos creados en virtud de tratados y mejorar el acceso a ellos a nivel nacional*: Esta es una práctica que ya se ha iniciado en algunos órganos de tratado como el Comité de Derechos del Niño y que es muy probable que se acepte para todos los demás órganos.
- *Videoconferencias*: Es este un punto en el que los Estados parecen estar de acuerdo. Se trataría de que no sea necesario desplazarse a Ginebra para comparecer ante el Comité. En relación con esta técnica, en mi opinión sí debe ser mucho más utilizada, junto con otros procedimientos que aportan las nuevas tecnologías, para las relaciones con agentes diferentes a los Estados y con los que la comunicación es imprescindible en la aportación de información a los órganos de tratados, como es el caso de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, la sociedad civil organizada a través de organizaciones no gubernamentales o los institutos académicos o de investigación de los diversos Estados. Otra cosa diferente es con los Estados con quienes, en mi opinión, el uso de la videoconferencia debe realizarse muy extraordinariamente, pues el diálogo presencial es un elemento muy importante.
- *El fortalecimiento de las reuniones de los Estados partes.* La idea en este ámbito es ver como fortalecer el diálogo de los Estados partes en la reunión ordinaria de los Estados partes, por ejemplo incluyendo en el programa de las reuniones o conferencias de los Estados partes un tema ordinario pertinente sobre las cuestiones que afectan a la aplicación plena y efectiva del tratado.
- *El establecimiento de una base de datos de jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados sobre los distintos casos, incluida la información sobre su seguimiento.* Es este otro punto en el que se enfrentan las posiciones de los Estados. De nuevo la Federación Rusa y sus aliados en este proceso se manifiestan radical-

[32] Así, conforme al para. 12 de las Directrices: "La independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados se ven comprometidas por su participación en el poder ejecutivo del Estado, dada la naturaleza política de ese vínculo. Por consiguiente, los miembros de dichos órganos evitarán desempeñar cualquier función o actividad que sea, o que un observador razonable pueda interpretar en el sentido de que es, incompatible con las obligaciones y responsabilidades que les incumben como expertos independientes con arreglo a los tratados pertinentes." (las Directrices pueden consultarse en el anexo del *Informe de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos sobre su 24ª reunión, celebrada en Addis Abeba del 25 al 29 de junio de 2012*, UN Doc. A/67/222, de 2 de agosto de 2012).

mente en contra,[33] mientras que la mayor parte de Estados occidentales no sólo no se oponen sino que incluso alguno de ellos es entusiasta de esta idea.

- *Un grupo de trabajo conjunto sobre comunicaciones de los órganos creados en virtud de tratados.* En esta cuestión la posición Rusa es radicalmente contraria[34] y los demás Estados se encuentran indecisos.
- *El examen de las buenas prácticas relativas a la implementación de normas de procedimiento y métodos de trabajo y aprobación de directrices comunes*. La idea de presentar directrices comunes escritas relativas a cuestiones de procedimiento relacionadas con la tramitación de las comunicaciones individuales y la realización de investigaciones es de nuevo objeto de controversia, con posición contraria de los Estados que han solicitado la intergubernamentalización y los demás Estados.

3.3. *Proceso de presentación de informes*

Este tercer tema abarca cuestiones relativas al proceso de presentación de informes, incluido el proceso de presentación de informes simplificado (lista de cuestiones), el límite de páginas, la reducción o eliminación de las actas resumidas, las observaciones finales específicas y los documentos básicos comunes.

Es una preocupación constante en todos los Comités la mejora del proceso de presentación y análisis de informes a fin de conseguir una mayor eficacia. Además, como hemos señalado en la introducción, en los últimos años se han ido estableciendo mecanismos para intentar coordinar los métodos de trabajo de los diversos órganos de tratados.

Pero lo cierto es que no sólo tenemos 9 órganos de tratados diferentes, tenemos también 9 métodos de trabajo diferentes, 9 procedimientos diferentes,

---

[33] En el documento que plasma la posición de Rusia podemos leer: "A ese respecto, la Federación de Rusia considera que es inapropiado establecer una base de datos única de acceso público sobre las decisiones adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados tras el examen de las comunicaciones individuales. Semejante medida violaría el carácter confidencial de ese procedimiento, previsto en los tratados internacionales pertinentes y que es precisamente uno de los aspectos fundamentales de su atractivo para los Estados partes. El abandono de ese principio podría tener consecuencias negativas para la consecución del objetivo de la participación universal de los Estados en los principales tratados internacionales de derechos humanos" (UN Doc. A/67/390, para. 42).

[34] "La Federación de Rusia considera inapropiado establecer un grupo de trabajo interinstitucional mixto sobre las comunicaciones individuales. Semejante medida no solo sería contraria a las disposiciones de los tratados internacionales en la materia, sino que también socavaría el carácter facultativo del procedimiento de examen de las comunicaciones individuales en relación con los objetivos principales de los órganos creados en virtud de tratados: examinar los informes nacionales periódicos y mantener un diálogo constructivo con los Estados partes, para ayudarlos a cumplir sus obligaciones internacionales." (UN Doc. A/67/390, para. 43).

9 guías a los Estados diferentes sobre cómo elaborar los informes y 11 informes[35] diferentes que presentar a los 9 Comités.

A esta situación debe añadirse que los reglamentos de cada uno de los Comités relativos a la presentación de comunicaciones individuales y, en su caso, investigaciones que pueden llevar a cabo los Comités, son también distintos.

En relación a esta diversidad, debemos empezar por afirmar que muchas de esas diferencias son necesarias. Cada tratado tiene sus especificidades y especialización. Cada uno de ellos requiere una determinada información especializada. Cada Estado debe, no solo presentar informes, sino mantener un diálogo con cada uno de los Comités. Igualmente, cada tratado presenta también características especiales respecto a las condiciones de presentación y procedimiento de las comunicaciones individuales por violación de los derechos en él regulados.

Pero lo cierto es que si algo de diversidad es necesaria, tanta diversidad es excesiva. Hay muchas cosas que se pueden armonizar. Los Comités deben ser conscientes de la enorme carga de trabajo que supone para un Estado la correcta elaboración de tanto informe y el seguimiento de todas las comunicaciones. Hay que buscar fórmulas que hagan más fácil el trabajo de los Estados o el riesgo que se corre es que el Estado no cumpla o cumpla mal sus obligaciones (lo que, desgraciadamente, está ocurriendo en muchos casos).

En este sentido, los Comités deben buscar fórmulas que faciliten la presentación de informes. Ya se han hecho cosas a nivel general como la elaboración de un informe básico con la información general del Estado que sirva para todos los Comités de forma que sólo deba presentarse a cada Comité la información específica a su tratado; la elaboración, a iniciativa de algún Comité, de preguntas al Estado antes de presentar su informe para orientarle sobre los temas específicos de los que quiere tener información el Comité en cada informe en concreto, etc.

Pero al lado de esas iniciativas quedan muchas más que llevar a cabo: la búsqueda de soluciones para evitar el elevado coste y esfuerzo que supone para algunos Estados el desplazarse a Ginebra para celebrar un diálogo en condiciones, es decir, con expertos de los diversos departamentos ministeriales y responsables de alto nivel con capacidad de asumir compromisos; en casos extraordinarios utilizar medios alternativos como la videoconferencia; delimitar mejor las materias concretas que desea que exponga el Estado en su siguiente informe, etc.

Igualmente, los Comités deben realizar más esfuerzos en el método seguido para la realización de sus recomendaciones y su seguimiento. Las recomendaciones deben ser concretas y ayudar a ese Estado específico en el cumplimiento de sus obligaciones, a superar sus específicas dificultades y a corregir sus concretas violaciones. No se pueden realizar recomendaciones generales que valen para

[35] A los informes correspondientes a cada uno de los Tratados, deben añadirse los informes que deben presentar los Estados Parte en cada uno de los dos primeros protocolos adicionales (OPAC y OPSC) de la Convención de los Derechos de los Niños.

cualquier Estado. No deben utilizarse fórmulas generales que se repitan en todos los informes simplemente porque es costumbre del Comité hacerlo en todas las recomendaciones. Además, sería conveniente que se hiciera referencia en las mismas a la práctica nacional y en especial a la jurisprudencia de los tribunales nacionales (que son quienes garantizan en primera instancia los derechos contenidos en cada uno de los tratados), bien para apoyar sus propias recomendaciones, bien para pedir su reconsideración.

Respecto de los procedimientos de seguimiento, tanto de las recomendaciones realizadas a los Estados como de las decisiones relativas a comunicaciones, es importante reforzar, en los casos que existe, o crear, en los que no, procedimientos para que el Estado rinda cuentas de qué ha hecho en relación con las mismas. Una de las funciones esenciales del control es la función de seguimiento de las observaciones. El Estado debe saber que no sólo debe informar y dialogar, sino también cumplir, o justificar al menos qué hace (o por qué no hace nada), respecto de las recomendaciones que recibe. Si no, el riesgo es que el Estado no realice seguimiento y, finalmente, los titulares de los derechos no sólo no los vean respetados sino que, además, sientan una enorme frustración y finalmente decepción respecto del sistema de órganos de tratados de derechos humanos.

Pero aquí de nuevo nos encontramos con la falta de unanimidad en los Estados. De nuevo estos temas aparecen como puntos de contradicción. La posición del grupo liderado por Rusia se puede esquematizar en los siguientes puntos:

- Es inadmisible cualquier limitación al Estado sobre como debe presentar sus informes[36]
- Debe anunciarse con antelación al Estado sobre qué se le va a preguntar[37]
- Debe limitarse el tiempo de intervención de los miembros de los Comités en el diálogo con el Estado[38]
- Es necesario abandonar la práctica de las reuniones "privadas" entre expertos de los órganos y diferentes interesados (ONG, agencias de Naciones Unidas, etc.).[39]
- "Es necesario elaborar directrices para el diálogo entre los órganos creados en virtud de tratados y los Estados partes durante el examen de los informes periódicos. Esas directrices deberían ser elaboradas por los Estados partes conjuntamente con esos órganos y referirse solamente a las cuestiones de procedimiento para el examen de los informes";[40] y, finalmente,
- "En la búsqueda de soluciones para optimizar su labor y aplicar nuevos métodos de trabajo, los órganos creados en virtud de tratados en ningún caso deberían imponer a los Estados ninguna obligación que se añada a las emanadas de la firma o ratificación de los tratados internacionales pertinentes o de la adhesión a ellas".[41]

---

[36] UN Doc. A/67/390, Paras. 8–17.
[37] *Ibid*., Para. 23.
[38] *Ibid*., Para. 26.
[39] *Ibid*., Para. 27.
[40] *Ibid*., Para. 32.
[41] *Ibid*., para. 33.

Después de leer estas propuestas uno vuelve a mirar el título del proceso intergubernamental abierto y empieza a preguntarse en qué consiste para el grupo liderado por Rusia el "reforzamiento" del sistema. No obstante, es también cierto que estas posiciones no son compartidas por todos los Estados y, frente a las mismas, una diversidad de Estados y, en especial, la Unión Europea, están defendiendo posturas más cercanas a las que he mantenido al introducir el tema.

3.4. *Capacidad para implementar*

El último grupo de cuestiones abarca temas como las actividades de creación de capacidad relacionadas con la presentación de informes; los mecanismos nacionales para la presentación de informes y la coordinación; las medidas de seguimiento de los órganos creados en virtud de tratados; y el proceso de consulta armonizado para la elaboración de observaciones generales y recomendaciones generales.

Es este otro de los temas en que de nuevo los puntos de partida de las posiciones de los Estados se encuentran muy alejadas. Frente a las posiciones más defensoras de la autonomía de los Estados y la no exigencia de nada que no esté explícitamente previsto en los tratados (Rusia), otras posturas apuestan por reforzar más las prácticas iniciadas en algunos Comités en materia de seguimiento de las recomendaciones y los procedimientos de consulta.

4. Conclusiones

A lo largo de las páginas precedentes he intentado mostrar el proceso abierto sobre reforzamiento del sistema de órganos de tratados, su evolución y el contenido de las principales propuestas que hay encima de la mesa.

Creo que es fácil ver que no se trata de posiciones que difieran en algunos temas pero que tengan una misma finalidad. Muy al contrario, el proceso abierto por la Alta Comisionada para "reforzar" el sistema de órganos de tratados se ha transformado en otra cosa. La alta Comisionada de Derechos Humanos compartía la tesis de Pierre Marie Dupuy con la que iniciábamos este trabajo: "une nouvelle difficulté risque de se confirmer: celle résultant de la multiplication des procédures dont beaucoup sont victimes de leur succès; les Etats concernés, accablés sous le poids de l'obligation de faire rapport à des comités nombreux, s'acquittent de plus en plus imparfaitement d'un tel devoir. Un effort de rationalisation sera à terme vraisemblablement indispensable".

Es en esta perspectiva, en la de un esfuerzo de racionalización que permita superar la crisis de éxito del sistema de derechos humanos, que permita que no se colapse el sistema de órganos de tratados, en la que se planteaba la iniciativa abierta en 2009.

Pero esta perspectiva a cambiado radicalmente a partir de 2012. Un grupo de Estados ha querido aprovechar esta ocasión para hacer una revisión del sistema.

Y no una revisión cualquiera, sino una revisión a la baja. Consideran que el sistema ha adquirido demasiada vida propia y se sienten incómodos con tanto control, con tanta exigencia, con tantas recomendaciones y observaciones. Es en este sentido en el que hay que contemplar la iniciativa liderada por Rusia y otros Estados.

No se trata de una forma de "fortalecer" el sistema, sino de debilitarlo. Sus propuestas son mayoritariamente una marcha atrás en los logros alcanzados hasta ahora en el marco de las Naciones Unidas para ayudar a los Estados a cumplir las obligaciones que han asumido en materia de derechos humanos.

Frente a ellos, otros Estados parecen apoyar la perspectiva originaria de la alta Comisionada y otros, incluso, estarían dispuestos a ir más allá, favoreciendo un fortalecimiento mayor del sistema.

Es cierto que en estos momentos parece que las posiciones de los Estados se encuentran muy alejadas. Pero no debe olvidarse que dejar las cosas como están, no hacer nada, sería igual o peor que dar la razón a los partidarios del debilitamiento. El sistema no puede mantenerse como está en la actualidad. El riesgo de colapso es real y cercano.

Por otra parte, hay cuestiones que parecen quedar fuera del debate y que, sin embargo, son de vital importancia: ¿cómo articular una mejor relación entre el sistema intergubernamental del Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos y los exámenes parciales que se realizan a los mismos Estados por expertos en el seno de los Comités? ¿Cómo articular una mejor relación entre los Mecanismos Especiales temáticos o por países y los órganos de tratados? ¿Cómo articular una posible relación entre el sistema de denuncias ante el Consejo de Derechos Humanos y los sistemas de comunicaciones ante los Comités? En otras palabras: ¿cómo articular un verdadero sistema en Naciones Unidas de protección del los derechos humanos en los que todas las piezas encajen, se refuercen unas a otras y aprovechen las sinergias producidas para conseguir lo que debería ser el objetivo común de todos: conseguir un respeto universal a los derechos de todas las personas? He aquí un gran reto del sistema.

No puede contemplarse el proceso abierto como una batalla entre grupos de Estados por imponer su visión sobre la actuación de una de las piezas del sistema. Los Estados deberían elevar la mirada y aprovechar la oportunidad abierta para intentar la creación de un verdadero "sistema universal de protección de los derechos humanos". No podemos olvidar que, al final, los que ganen o pierdan en este proceso no serán unos Estados o los otros. Los que ganen o pierdan serán los titulares de los derechos que hay que proteger. Nosotros, los ciudadanos del mundo.

Mi experiencia en el seno del Comité de Derechos del Niño de las Naciones y de años dedicándome a la investigación en materia de derechos humanos me han impulsado, a la hora de escoger un trabajo en homenaje a mi amigo Pierre Marie Dupuy, a hablar de este tema. Muchas veces hemos comentado ambos la necesidad de que los trabajos publicados aporten soluciones prácticas. La

necesidad de investigar en cosas que sirvan a los Estados y sus ciudadanos. En Pierre Marie Dupuy ésta ha sido una constante. Con estas reflexiones que pretenden ser prácticas, que puedan servir a la mejora del sistema de órganos de tratados de modo que dicha mejora resulte en el fortalecimiento de la capacidad de los titulares de derechos para poder disfrutar de sus derechos, he pretendido rendirle homenaje.

Sé que él coincide conmigo en que cualquier iniciativa en este sentido debe estar enfocada hacia los titulares de derechos y debe dar como resultado una mayor protección de los derechos humanos en cada uno de los Estados. Y espero que estas reflexiones personales puedan contribuir, no sólo a que se conozca el proceso que estamos viviendo, sino también a que se produzca dicho enfoque.

CHAPITRE TRENTE-NEUF

LE TRAITEMENT DES VIOLATIONS SYSTÉMATIQUES DES DROITS DE L'HOMME DU PASSÉ RÉCENT : LE LONG PARCOURS DE L'ARGENTINE

Mónica Pinto*

Le refus de l'oubli, Julio Cortázan, Paris, Janvier 1981.

Le 24 mars 1976, les forces armées de l'Argentine ont pris le pouvoir *de facto*. Ce n'était pas le premier coup d'état dans le pays. Ce n'était pas la première fois que les militaires en étaient les protagonistes. Ce n'était pas non plus la première fois que l'on comptait des victimes. Pourtant les conséquences de ces actions illégales ont subi un traitement différent.

Le jour du dernier coup d'état argentin, les droits de l'homme faisaient déjà l'objet d'une obligation internationale pour les États. L'Argentine, comme tous les États membres des Nations Unies, s'était engagée à œuvrer pour « réaliser la coopération internationale [...] en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion »[1] et à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation en vue d'atteindre le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion[2].

Toutefois la culture des droits de l'homme n'avait pas encore pris élan dans la communauté internationale. Quelques données expliquent la situation. Seuls le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[3] et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[4] étaient entrés en vigueur en général le 3 janvier et le 23 mars 1976 ; le Comité pour l'élimination de toutes

* Doyen de la Faculté de droit et Professor, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

1 Charte des Nations Unies, art. 1(3).

2 *Ibid.*, arts. 56 et 55(c).

3 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 RTNU 3, 16 déc. 1966 (entré en vigueur : 3 jan. 1976).

4 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 RTNU 171, 16 déc. 1966 (entré en vigueur : 23 mars 1976).

les formes de discrimination raciale, installé le 10 juillet 1969[5], était le seul organe de traité. A l'ONU, depuis 1970, la résolution 1503(XLVIII) du Conseil économique et social autorisait le traitement des communications lorsqu'elles « semblent révéler l'existence d'un ensemble de violations flagrantes et massives des droits de l'homme dont les preuves font foi ». En 1975, un « Groupe de travail spécial chargé d'enquêter sur la situation actuelle concernant les droits de l'Homme au Chili » a été établi au sein de la Commission des droits de l'homme et suite à la chute du Président Salvador Allende aux mains du général Augusto Pinochet.

La Commission interaméricaine des droits de l'homme (ComIDH) avait déjà démarré un système de protection où les décisions étaient guidées par le critère du pragmatisme de l'urgence[6] même si la Convention Américaine relative aux droits de l'homme (CADH)[7] attendait encore pour entrer en vigueur.

La situation du Chili après le coup d'État du général Pinochet du 11 septembre 1973 a été inspiratrice pour la dictature argentine, qui s'est dévouée à frustrer les mécanismes internationaux.

Il s'en suivit le développement d'une répression clandestine, construite selon un principe de « réalité parallèle » – les victimes n'étaient ni détenues ni mortes mais « disparues » – ainsi que l'instauration d'une politique et d'une diplomatie visant à neutraliser l'action internationale.

Sept ans et huit mois après ce coup d'État, le peuple s'étant exprimé dans des élections démocratiques, un gouvernement civil prenait ses fonctions à la tête de l'État. Ses premières décisions ont constitué le point de départ d'une nouvelle construction de la transition où démocratie, vérité et justice ont été des valeurs à préserver et consolider. Il n'y avait pas de formule toute faite pour la détermination de priorités mais, au contraire, c'était le résultat d'une évolution difficile dont les obstacles étaient plus nombreux que les portes ouvertes.

Les réactions étaient à l'ordre du jour. Ce fut le milieu local le premier à réagir. Ceux qui avaient participé aux violations des droits de l'homme voulaient préserver une impunité qui leur avait été garantie par une loi de pacification nationale, voire d'autoamnistie. Les événements ont forcé le gouvernement à reculer. Toutefois, même lorsqu'il n'y avait pas la moindre possibilité légale pour traduire en justice les responsables *prima facie*, la créativité locale a réussi à produire les pro-

---

[5] La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 RTNU 195, 21 déc. 1965 (entrée en vigueur : 4 jan. 1969) instaure le Comité.

[6] Voir M. Pinto, « Sistema Interamericano de derechos humanos : Respuesta normativa a la urgencia», in *Compilación de trabajos académicos del Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (1983-1987)*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989, 119-156.

[7] Convention Américaine relative aux droits de l'homme, 1144 RTNU 143, 22 nov. 1969 (entrée en vigueur : 18 juill. 1979).

cès pour la vérité[8]. Finalement, les poursuites judiciaires ont été reprises. Nous y sommes.

Il est très difficile de savoir si ce parcours aurait eu lieu sans la décision fondatrice du Président Raúl Alfonsín de jeter la lumière sur les crimes commis sous la dictature, d'établir la vérité et de s'appuyer sur la justice nationale pour y parvenir. Malgré tous les développements ultérieurs, cette décision est à saluer car sa portée symbolique a contribué à faire échouer toutes les tentatives de silence, d'immobilité et d'impunité.

I. Un peu d'histoire sur le devenir institutionnel

En 1930, l'Argentine expérimente la première rupture de l'ordre constitutionnel, épisode qui deviendra un trait de sa vie institutionnelle. Les coups d'État, initiés généralement par des militaires mais soutenus par des personnes du secteur civil, se succèdent, entraînant à chaque fois des pertes civiles plus nombreuses et des reculs institutionnels plus importants.

Après le décès du Président Juan Domingo Perón, le 1er juillet 1974, sa veuve et vice-présidente lui succède à la tête du gouvernement. Beaucoup de symptômes, dont la fragilité du pouvoir de Mme Perón et la puissance croissante de l'un de ses ministres, José López Rega, soupçonné déjà d'être le responsable des forces paramilitaires d'extrême droite qui commencèrent les violations massives de droits de l'homme que les militaires allaient généraliser et perfectionner, permettaient d'inférer le coup d'État qui se produisit le 24 mars 1976.

A minuit, les responsables des forces armées firent prisonnière la présidente constitutionnelle et, agissant collectivement en « *junta* », les militaires se sont emparés du pouvoir.

Jusqu'au 10 décembre 1983, moment de la restauration démocratique, dans le pays il y avait deux réalités, l'une ouverte et l'autre clandestine. Un régime qui s'est soustrait à l'empire du droit, gouvernait. Les victimes se comptaient par milliers, des hommes, des femmes et des enfants disparus, exécutés, torturés . . . Toutefois, le gouvernement feignait ignorance sur la situation et n'en parlait pas.

Au mois de septembre 1979, une mission spéciale de la ComIDH[9] mena une visite « in loco » en Argentine, au cours de laquelle elle reçut 5580 réclamations dont 4153 étaient de nouvelles plaintes[10]. La ComIDH s'est entretenu avec les

---

[8] Voir M. Pinto, « Los juicios de la verdad en Argentina », *Hechos del Callejón* (PNUD-Colombia), 42, déc. 2008, 17-19.

[9] La mission était composée par le président de la ComIDH, Andrés Aguilar, et les membres Luis Demetrio Tinoco Castro, Marco Gerardo Monroy Cabra; Carlos A. Dunshee de Abranches; Tom J. Farer et Francisco Bertrand Galindo ainsi que le Secrétaire exécutif Edmundo Vargas Carreño.

[10] ComIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 11 avril 1980.

autorités publiques, y compris le président de la république, des anciens présidents, des personnalités religieuses, des organisations de droits de l'homme, des représentants des organisations politiques et des associations professionnelles et syndicales, des entités commerciales, industrielles, des entreprises, et d'autres personnes. La mission de la ComIDH visita les prisons ordinaires ainsi que des centres militaires de détention, le siège de la Coordination fédérale (police), des commissariats de police et l'École de mécanique de la marine (Escuela de Mecánica de la Armada) qui fonctionna comme centre de détention d'après les témoignages que la ComIDH avait recueilli avant la visite.

Dans son rapport sur la visite, la ComIDH déclara la commission, par les autorités publiques, par action ou omission, de nombreuses et graves violations des droits de l'homme reconnus dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme.

En 1982, le gouvernement militaire argentin s'engage dans un conflit armé avec l'une des puissances mondiales, le Royaume Uni, à cause du vieux litige sur la souveraineté sur les îles Malouines. Cette « cause nationale » a permis l'intégration de presque tous les secteurs politiques autour de l'effort militaire et a donné un peu d'air au gouvernement. Bientôt, et nonobstant les efforts de la presse officielle, la défaite devient évidente.

La situation était désastreuse : les militaires avaient échoué dans le domaine où ils étaient censés être maîtres, le sort du gouvernement était déjà fait. Beaucoup trop de victimes, des soldats qui servaient la patrie trahis par leurs supérieurs militaires qui les avaient conduits à la guerre sans préparation et sans équipement. Un rapport des forces armées sous la direction d'un général à la retraite – le rapport Rattenbach – n'a pas manqué de signaler l'insuffisance des forces armées dans la conduite militaire de la guerre de Malouines.

Les élections nationales du 30 octobre 1983 ont convoqué tous les partis politiques, tant les hommes qui avaient soutenu le gouvernement dans l'affaire Malouines que ceux qui s'étaient opposés à cause de l'illégitimité du gouvernement et de l'emploi de la force, dont Raúl Alfonsín, du parti radical, élu président des argentins par 52 pourcent des voix.

2. L'approche de la transition dans le contexte argentin de 1983

Le 10 décembre 1983, lorsque les autorités civiles démocratiques prirent leurs fonctions, l'occurrence de graves violations des droits de l'homme pendant le passé récent était une certitude. Toutefois, il y avait des ambigüités quant aux modalités. Le Président Alfonsín avait conçu un schéma de transition démocratique où la vérité et la justice avaient des rôles à jouer.

A l'occasion de son allocution au Congrès national, au moment de prêter serment comme Président de la République, Raúl Alfonsín énonça les principes qui allaient guider sa politique transitionnelle :

> On favorisera l'annulation de la loi d'amnistie adoptée par le gouvernement militaire et la justice sera chargée avec la tâche importante d'éviter l'impunité des coupables. En même temps, la justice aura les outils nécessaires pour éviter que soient considérés sur le même plan ceux qui ont décidé la forme adoptée par la lutte contre la subversion, ceux qui ont observé les ordres et ceux qui ont dépassé leur observance. Outre les sanctions que la justice pourrait déterminer, le gouvernement démocratique prendra soin dans l'éclaircissement de la situation des personnes disparues.
>
> Ceci ne suppose pas exempter les grosses responsabilités du terrorisme subversif, qui aurait dû être combattu avec les moyens que la civilisation actuelle a mis entre les mains de l'Etat et non à travers l'emploi des moyens similaires à ceux qui ont fait l'objet de la condamnation de l'ensemble de la communauté nationale[11].

Beaucoup plus tard, déjà à la retraite, Alfonsín eu un moment pour réfléchir sur cette politique:

> La diffusion de la vérité dans le cas argentin était, sans doute, une pré condition nécessaire mais aussi insuffisante pour consolider adéquatement les valeurs démocratiques. A cette fin, le châtiment était une alternative. [...] Notre objectif ne pouvait pas être le procès et la condamnation de tous ceux qui d'une manière ou autre avaient violé les droits de l'homme, parce que ce n'était pas faisable, mais trouver un châtiment exemplaire qui pourrait prévenir la commission de faits similaires dans le futur. Nous devions poser une empreinte sur la conscience collective comme quoi il n'y avait aucun groupe, même le plus puissant, qui était au-dessus de la loi et à même de sacrifier l'être humain en fonction des acquis soi-disant précieux. Nous voulions nous prévenir en tant que société ; obtenir le précédent selon lequel jamais plus un argentin ne serait pris de sa maison le soir, torturé ou assassiné par des fonctionnaires de l'appareil de l'Etat[12].

2.1. *Les décisions*

La première législation du Parlement démocratique portait annulation de la loi d'amnistie adoptée par le gouvernement militaire pour se soustraire à la justice. La loi Nº 22924 a été abrogée pour cause d'inconstitutionnalité et déclarée nulle. Le principe *nemo judex in suam causa* – on ne peut à la fois être juge et partie – vient contribuer à la décision[13].

Tout suite après son investiture, le 13 décembre 1983, le Président Alfonsín adopta deux décrets, par le premier, le décret no.157, il ordonna au Procureur général d'entamer des poursuites à l'encontre des sept responsables des mouvements armés qui avaient agi en Argentine avant le coup d'état, les organisations « *Montoneros* » et « l'Armée révolutionnaire du peuple » (*Ejército revolucionario*

---

[11] Discours inaugural des sessions ordinaires du Congrès par Raúl Ricardo Alfonsín (Discurso Inaugural de Sesiones Ordinarias del Congreso del Dr. Raúl Ricardo Alfonsín), 1983.

[12] R. Alfonsín, *Memoria Política, Transición a la democracia y los derechos humanos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura económica, 2004, 45-46.

[13] Loi no. 23.040 du 22 déc. 1983.

del pueblo/ERP), à cause des délits contre l'ordre public commis à partir de l'amnistie du 25 mai 1973. Les deux organisations avaient été créées dans les années 70 et avaient développé leur lutte armée entre 1970 et 1979. Par le deuxième, le décret n°158 de la même date, en tant que Commandant en chef des forces armées, il ordonna au Conseil suprême des forces armées d'entamer des poursuites judiciaires à l'encontre des neuf chefs des forces armées qui avaient pris le pouvoir à partir du coup d'état du 24 mars 1976.

Deux jours plus tard, et pour jeter la lumière sur les faits du passé récent, par le décret n° 185, le Président Alfonsín établit une commission d'enquête sur le phénomène de la disparition forcée des personnes, composée de personnalités nationales sous la présidence de l'écrivain Ernesto Sábato.

2.2. *La Commission nationale sur la disparition forcée des personnes – CONADEP*

Les commissions d'enquête – « commissions de la vérité » ou « commissions de la vérité et de la réconciliation » – sont des organes spécifiques, *ad hoc*, différents des institutions nationales de droits de l'homme.

On reconnaît aux commissions d'enquête certaines caractéristiques. Elles sont axées sur le passé ; elles travaillent sur des faits illicites d'une période ; elles sont des organes temporaires qui cessent généralement d'exister avec la soumission d'un rapport ; elles sont officiellement sanctionnées, ce qui leur octroie plus de pouvoirs, l'accès à des informations et la protection qui leur permet d'entreprendre des investigations et accroît la probabilité pour leurs conclusions et recommandations d'être prises au sérieux[14].

La CONADEP argentine est issue d'un décret présidentiel[15] ainsi que la Commission Rettig du Chili[16] – mais d'autres en Amérique latine ont été établies à la suite des processus de paix et étaient prévues dans les accords respectifs tels les cas du Salvador[17] et du Guatemala[18].

La composition de la commission d'enquête est un indice important de sa future influence. Il est important que les membres soient des personnes de prestige, d'intégrité morale et de trajectoire éthique reconnues. Ils doivent exercer une certaine représentation des divers secteurs du pays, y compris la société civile. Ils peuvent être tous des nationaux du pays en cause, tels les cas en Argentine, Chili, Afrique du Sud ou inclure des étrangers comme au Salvador et au Guatemala.

---

[14] P. Hayner, « Commissions de la vérité : questions pour de nouvelles recherches », traduit de l'anglais « Commissioning the truth : further research questions », *Third World Quarterly*, 17, 1996, 19-29.

[15] Décret no. 187 du 15 déc. 1983.

[16] Décret suprême no. 355 du 25 avril 1990.

[17] Accords de Mexique du 27 avril 1991 et de Chapultepec du 16 jan. 1992.

[18] Accords d'Oslo du 23 juin 1994.

La CONADEP était une commission de notables, composée par l'écrivain et intellectuel Ernesto Sábato (président), l'ancien recteur de l'Université de Buenos Aires au moment de l'intervention militaire de 1966, le Professeur Hilario Fernández Long, l'ancien membre de la Cour suprême de justice Ricardo Colombres, le scientifique Gregorio Klimovsky, le médecin René Favaloro, le prêtre catholique Jaime de Nevares, le pasteur protestant Carlos Gattinoni, le rabbin Marshall Meyer, la journaliste Magdalena Ruiz Guiñazú, le philosophe et professeur universitaire Eduardo Rabossi. La chambre de députés – où le gouvernement avait la majorité – nomma trois de ses membres mais le Sénat – où les péronistes et les partis provinciaux dominaient – n'accepta pas de désigner des représentants. Les secrétaires étaient Graciela Fernández Meijide, mère d'un adolescent disparu et membre de l'Assemblée permanente pour les droits de l'homme/APDH, une organisation non-gouvernementale créée à l'époque, et Raúl Aragón, recteur d'une école secondaire, avocat des détenus et aussi membre de l'APDH.

La portée de la compétence de ces commissions est variable tant du point de vue *ratione temporis* que *ratione materiae.* D'après la pratique, elles ont couvert les périodes *de facto* ou, plus généralement, les périodes de violations systématiques des droits de l'homme.

Pour ce qui est des actes qui relèvent de la compétence des commissions d'enquête, il y en a qui examinent les politiques du ou des gouvernements en cause tandis que d'autres s'occupent de la violence de tous côtés. Cette différence est importante à la lumière des droits de l'homme et elle est révélatrice des politiques de conciliation au sein du nouveau gouvernement. En effet, lorsqu'il est décidé davantage qu'il n'y aura pas de poursuites judiciaires et la réconciliation s'impose, elle exige de faire l'inventaire des crimes et des coupables de tous côtés. Toutefois, dans cet inventaire il faut toujours se rappeler que l'État et les acteurs non-étatiques ne sont pas équivalents du point de vue des droits de l'homme[19] moins encore du point de vue de la responsabilité sociale. En tout état de cause, il est opportun d'intégrer la société civile pour définir la compétence *ratione materiae* des commissions de la vérité[20].

En Argentine, le seul but de la CONADEP était celui d'illustrer le phénomène de la disparition forcée de personnes ; le fléau qui avait causé le nombre le plus élevé de victimes de la période. Les commissions d'enquête aident à récupérer la vérité. Cependant, il s'agit d'un accès spécial à la vérité :

> La raison la plus directe pour mettre sur pied une commission de la vérité est celle de la découverte de faits sanctionnés: établir une comptabilité précise du passé d'un

[19] Voir M. Pinto, « Responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos y los entes no estatales », in *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1997, 1155-1173.

[20] N. Roht-Arriaza, « Truth Commissions and Amnesties in Latin America: The Second Generation», *American Society of International Law Proceedings*, 92, 1998, 313-316.

> pays, contribuer à écrire l'histoire loyale du passé d'un pays et des actes largement contestés du gouvernement (ou de l'opposition). Faire un honnête récit de la violence empêche l'histoire soit de se perdre, soit d'être réécrite et donne la possibilité à une société d'apprendre certaines choses de son passé afin d'éviter le retour d'une telle violence à l'avenir. Mais « enquêter » constitue peut-être une description plus fidèle des investigations qui finissent souvent par confirmer des croyances largement répandues sur ce qui s'est passé et ceux qui sont responsables. [...] Ceci étant, l'importance des commissions de la vérité pourrait être décrite de manière plus précise comme la reconnaissance de la vérité plutôt que la découverte de la vérité. [...] Une reconnaissance officielle des faits dans un rapport d'une commission de la vérité peut jouer un rôle psychologique important en reconnaissant une vérité qui a longtemps été niée[21].

La CONADEP a documenté la mise en place d'un plan criminel et clandestin de répression contre la « subversion » – qui était le mot utilisé par les gouvernements militaires se référant aux opposants –, conçu et contrôlé par les membres des *Juntas* qui, par leur pouvoir de décision et leur contrôle des niveaux inférieurs des forces avaient les moyens d'en assurer l'exécution. Son rapport, le *Nunca Más* – « Plus Jamais » – a été publié dans différentes langues[22].

Il a été noté que même à défaut de capacités lui permettant d'ester en justice, la Commission Sabato a accompli la tâche de restaurer la mémoire collective en Argentine et en ce faisant elle est devenue le modèle pour d'autres commissions de la vérité[23].

Le rapport de la CONADEP a permis au Ministère Public d'acheminer les enquêtes judiciaires. La Cour d'Appel qui a jugé les militaires a retenu les affirmations du rapport « Plus Jamais » lorsqu'elles étaient confirmées par d'autres éléments de preuve pour condamner les responsables[24].

Aussi a-t-elle conduit à la création d'une structure administrative, le Sous-secrétariat des droits de l'homme au sein du Ministère de l'intérieur qui est devenu le gardien des archives de la Commission aussi bien que l'organe du pouvoir exécutif dont la responsabilité primaire est la politique nationale en matière des droits

---

[21] Hayner, « Commissions de la vérité », 19-29.

[22] Le rapport de la CONADEP a été confié à la maison d'éditions de l'Université de Buenos Aires, EUDEBA, qui depuis lors fait des éditions en espagnol et en d'autres langues avec la collaboration des maisons d'éditions étrangères. Voir : http://www.usip.org/resources/truth-commission-argentina.

[23] T. Coonan, « Rescuing History : Legal and Theological Reflections on the Task of making Former Torturers Accountable », *Fordham International Law Journal*, 20, 1996, 512-546. Le rapport final de la *Comisión de la verdad y reconciliación* du Pérou reconnaît explicitement l'influence du puissant rapport « Plus jamais » de la CONADEP comme le point de départ des commissions de la vérité en Amérique latine.

[24] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, *La sentencia*, vol. 1, Buenos Aires, Presses del Congreso de la Nación, 1987, 291-292 (causa 13/84 del año 1984, 9 déc. 1985).

de l'homme dans le pays. Un ancien membre de la CONADEP, le philosophe Eduardo Rabossi, a été nommé à la tête de cette institution.

Avec des dénominations différentes – à présent il s'agit d'un secrétariat d'État – il demeure un organe du gouvernement ; il gère la politique de réparations de l'État, la Commission pour le droit à l'identité (y compris les enquêtes en vue d'établir l'identité des enfants disparus avec leurs parents pendant la période *de facto*), l'Archive nationale pour la mémoire, le Conseil fédéral des droits de l'homme, le Programme national de lutte contre l'impunité, ainsi que d'autres programmes[25].

2.3. *Les poursuites judiciaires*

La décision de traduire en justice les responsables, annoncée et exécutée par le président Alfonsín, exigeait que les faits soient confrontés au droit en vigueur lorsqu'ils ont eu lieu. Toutefois, et étant donné que la juridiction militaire et le code militaire de justice étaient applicable aux membres des forces armées même dans le cadre de délits ordinaires, une modification fut introduite le 9 février 1984 par laquelle il était fait obligatoire un recours en appel contre la décision du Conseil suprême des forces armées devant la cours d'appel compétente du pouvoir judiciaire de la nation[26].

Saisi du dossier, le Conseil suprême des forces armées n'a pas voulu procéder à la dépuration souhaitée des forces armées. Il s'est prononcé en acquittant tous les prévenus sans analyse des preuves. La Cour fédérale d'appel de Buenos Aires a donc dû demander le dossier afin de mener les enquêtes, constituer les prévenus et ordonner les sanctions aux responsables.

Le 9 décembre 1985, le tribunal composé par León Carlos Arslanián, Andrés D'Alessio, Ricardo Gil Lavedra, Guillermo Ledesma, Jorge Torlasco et Jorge Valerga Aráoz a rendu son jugement. Le Procureur chef était Julio Strassera, l'adjoint Luis Moreno Ocampo, qui deviendrait le premier Procureur à la Cour pénale internationale.

L'instruction du dossier 13/84, connu comme l'affaire des commandants ou des *juntas*, a permis d'enquêter globalement sur la totalité des actions et politiques du gouvernement militaire sur toute la période *de facto*[27].

De ce fait, il a été prouvé qu'un plan criminel et clandestin de répression avait été mis à exécution par chaque branche des forces armées, dont les responsables gardaient une dose de discrétion importante sur le sort des personnes et la destination des biens. Il a été prouvé aussi qu'aucune règle en vigueur au pays à l'époque n'autorisait les actes ni les pratiques auxquelles se livraient les forces armées

---

[25] Voir à l'adresse suivante : http://www.derhuman.jus.gov.ar/objetivos.html.
[26] Loi 23049 portant modification au code de justice militaire
[27] C.S. Nino, *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996, 81ss.

et de sécurité ainsi que les forces paramilitaires qui agissaient sous contrôle des forces armées.

Six commandants sur neuf, dont deux anciens présidents, ont été condamnés en qualité d'auteurs « médiats » des crimes parce qu'ils avaient dominé l'appareil de l'état et disposé des moyens pour faire observer leurs ordres. Les juges n'ont condamné qu'à la lumière des preuves ce qui permet de faire la différence entre la justice et le règlement de comptes. Aussi a-t-on noté que les différents montants de la peine décidée pour chaque inculpé sont des expressions de l'indépendance du tribunal[28].

Le tribunal a tenu des auditions entre le 22 avril et le 14 août 1985. Des accréditations ont été livrées à 672 journalistes, dont beaucoup appartenaient à des mass-médias étrangers ; toutefois, les séances n'ont pas été transmises en direct ni enregistrées.

Les témoignages de 833 personnes ont été entendus et un journal spécial sur le procès était publié chaque jour[29]. Personne n'a échappé à l'influence du procès, ce qui s'avéra un point de non retour dans l'histoire nationale.

Certaines personnalités politiques et du domaine des droits de l'homme sont venues témoigner personnellement auprès du tribunal tandis que d'autres l'on fait par lettre rogatoire, dont l'ancienne sous-secrétaire d'état des Etats-Unis en charge des affaires humanitaires Patricia Derian, l'ancien président français Valéry Giscard d'Estaing, les experts en droits de l'homme à l'ONU à l'époque des faits Theo van Boven et Louis Joinet, l'ancien membre de la ComIDH Tom Farer.

Le 9 décembre 1985, un arrêt judiciaire déclara que tout ce qui s'est passé en Argentine à l'époque du Processus de réorganisation nationale[30] était hors la loi et ne trouvait justification nulle part.

La clandestinité dans laquelle les militaires avaient soumis leurs actions était mise en évidence ; la réalité parallèle qu'ils avaient créée s'effondrait. La dignité des argentins commençait à être reconstruite. Les juges de la Constitution avaient dit le droit aux dictateurs pour la première fois dans l'histoire du pays.

La lumière a été jetée sur ce qui s'est passé. Le procès a permis la construction de la vérité ; d'une vérité appuyée par des preuves. En plus, bénéficiant de la nature contradictoire de la procédure, cette vérité avait été produite en ayant entendu les prévenus dont les arguments avaient dû faire l'objet de considérations de la

---

[28] Voir R. Dworkin, « Introduction », in *Nunca Más. The Report of the Argentine National Commission on the Disappeared*, New York, Farrar Straus Giroux, 1986. Videla et Massera ont été condamnés à la réclusion à vie, Viola à dix-sept ans de prison, Lambruschini à huit ans de prison, Agosti à quatre ans de prison. Graffigna, Gatieri, Anaya et Lami Doso ont été acquittés. Ils ont été inculpés dans d'autres dossiers.

[29] *El Diario del Juicio (Porque la historia es el prólogo del mundo que heredarán nuestros hijos)*, Buenos Aires, Editorial Perfil SA, 1985.

[30] C'était la dénomination choisie par les militaires pour le gouvernement issu du coup d'état du 24 mars 1976.

part des juges. C'était une vérité dont les conséquences allaient se faire sentir très profondément et pour longtemps, en particulier pour franchir la barrière des pardons et revenir à la recherche de la justice.

3. Le poids des institutions

Le paragraphe 30 du dispositif de l'arrêt dans le dossier 13/84 ordonnait des poursuites à l'encontre des membres des forces armées qui étaient dans les échelons moyens. La décision a surpris l'ensemble des officiers qui considérait que le sacrifice des responsables était déjà un prix suffisant à payer. Ils n'étaient pas prêts à suivre le même chemin. Des actes de rébellion se sont succédé depuis lors mais à la différence du passé, ils n'ont pas mené à des ruptures de l'ordre constitutionnel.

D'autres poursuites furent entamées mais la plupart des dossiers ne purent aboutir suite à l'adoption de différentes mesures portant limitation à l'action criminelle.

De leur côté, les familles des victimes se sont trouvées dans une impasse car la poursuite des enquêtes n'était plus possible. Elles ont saisi les instances internationales de réclamation en matière de droits de l'homme, la seule voie disponible.

3.1. *Les mesures portant limitation à l'action judiciaire*

Suite à ces événements, dont la pression était croissante, le Président Alfonsín adopta des mesures progressives pour mettre un frein à l'action de la justice. Il a toujours justifié ces décisions, d'une part, à la lumière de son discours de prise de fonctions, et, d'autre part, par les besoins de la démocratie. Toutefois, le recul était évident et même s'il aurait pu l'avoir prévu, l'allure que la justice avait prise l'emportait.

Le 24 décembre 1986, la loi 23.492[31] dite de 'point final' fut adoptée. Cette loi ordonnait que les personnes suspectées d'avoir participé à des actes délictuels pendant la répression de la « subversion » soient citées à comparaître devant un juge dans les soixante jours suivant la promulgation de la loi. A l'échéance de ce délai, l'action pénale serait déclarée épuisée.

Alors que cette loi cherchait à limiter définitivement les poursuites, elle eut un effet contraire tout à fait inattendu. Au lieu de décourager les poursuites, les juges et les requérants prirent la loi au pied de la lettre et travaillèrent avec zèle. Avant l'échéance des soixante jours, un grand nombre de requêtes furent introduites devant les tribunaux à l'encontre des membres des forces armées et de sécurité ainsi que des paramilitaires.

---

[31] Loi 23.492, Bulletin Officiel du 29 déc. 1986.

Si l'objectif était celui de rassurer les forces armées, l'échec était évident. La société voulait autre chose. De plus, l'Uruguay, de l'autre côté du Río de la Plata, avait adoptée une loi déclarant la caducité de la prétention punitive de l'Etat, ce qui était tout simplement une amnistie.

Les militaires n'avaient pas changé d'opinion : ils n'avaient pas de comptes à régler. La révolte était à la une. Celle du weekend de Pâques de 1987 mena tout le peuple, dans toutes les villes du pays, à se réunir sur les places publiques pour répudier cette action et pour soutenir la démocratie. Des négociations furent entamées immédiatement.

Le 4 juin 1987 le Parlement porta approbation de la loi 23.521[32], qui, à titre de présomption *juris et de jure*[33], accordait pleine amnistie aux membres des forces armées qui n'avaient pas de pouvoir de décision ni de commandement car ils étaient présumés exécuter les ordres de leurs supérieurs.

En fait, l'exécution d'ordres supérieurs était prévue comme circonstance exonératoire tant dans le code pénal que dans le code de justice militaire ; toutefois, elle devait faire l'objet d'allégations et en être décidée par le juge dans chaque cas d'espèce. Dans cette législation, la seule invocation du rang dans la force respective conduisait à l'exonération de responsabilité.

De ce fait, seules étaient maintenues les actions contre les membres des forces armées et de sécurité qui avaient exercé le commandement effectif et avaient joui de pouvoir de décision dans l'élaboration de règles et d'ordres en vue de la répression de la « subversion ».

Le Président Alfonsín quitta le pouvoir six mois avant la fin de son mandat, le 8 juillet 1989, au moment où des élections avaient déjà eu lieu et un nouveau président était élu, cette fois-ci péroniste, Carlos Menem, qui fit preuve très rapidement d'une toute autre politique dans la matière.

Le 6 octobre 1989, le Président Menem adopta deux décrets qui firent date. Ces décrets octroyèrent le pardon à toutes les personnes accusées de crimes *prima facie* commis dans le cadre de la répression de la « subversion » ainsi qu'aux chefs des mouvements armés organisés – ceux visés au décret n°157 – qui avaient agi dans le pays et qui faisaient l'objet de poursuites judiciaires, alors même que leurs procès ne s'étaient pour la plupart pas encore tenus. Les personnes qui avaient pu être poursuivies malgré la loi de point final se retrouvèrent ainsi libres de toutes poursuites[34]. Les possibilités de condamner les responsables étaient closes.

A la différence de l'adoption des lois pendant le gouvernement Alfonsín, qui motivèrent un débat – spécialement au sein d'une faction du parti radical qui voulait poursuivre la recherche de la vérité – les pardons ménémistes, octroyés

---

[32] Loi 23.521, Bulletin Officiel du 9 juin 1987.

[33] On dit d'une présomption qu'elle est *juris et de jure* ou irréfragable lorsqu'elle est considérée comme absolue et ne peut être combattue par une preuve contraire.

[34] Décrets no. 1002 et n°1003 du 6 oct. 1989, Bulletin Officiel du 10 octobre 1989.

par la voie du décret présidentiel, ont démontré la volonté explicite de ne plus remuer le passé. Plus encore, le 30 décembre 1990, le Président Menem décida de pardonner les militaires qui servaient les peines assignées par les arrêts judiciaires rendus antérieurement. Il s'agissait des membres des *juntas* ainsi que le responsable des forces de police de la province de Buenos Aires, le général Camps. D'autres, tel que le général Carlos Suárez Mason qui avait fait l'objet d'une requête d'extradition aux Etats-Unis fondée sur le chef d'accusation de 39 homicides, furent aussi pardonnés ainsi que les militants armés dont les dossiers judiciaires étaient encore ouverts[35].

Par un jeu de cercles concentriques, le domaine de personnes réclamées par la justice s'est réduit progressivement jusqu'à aboutir à un point. Le pire était que des dossiers avaient été préparés par les procureurs mais les enquêtes n'avaient pas de suite en justice faute de possibilité d'accuser.

3.2. *Les réclamations internationales*

Toutes ces mesures législatives et ces décrets exécutifs ont fait l'objet de réclamations internationales, notamment auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui adopta le rapport 28/92 déclarant que les lois 23.492 et 23.521 et le décret 1002/1989 constituaient une violation de la Déclaration Américaine des droits et devoirs de l'homme – la règle coutumière en vigueur au moment des faits – ainsi que de la CADH – qui n'était pas en vigueur à l'époque des faits. Aussi, a-t-elle recommandé la reprise des enquêtes ainsi que l'adoption d'une politique de réparation des victimes[36].

Même si la Commission reconnaissait les dispositions prises par l'Argentine depuis le rétablissement démocratique, dont la CONADEP et les poursuites judiciaires, elle n'a pas fait de différence avec d'autres contextes dans lesquels elle s'était prononcée dans les mêmes termes contre une réalité de traitement des conséquences du passé radicalement différente[37].

Il est clair qu'au début des années 90, il n'existait aucune règle juridique positive de portée internationale imposant aux États l'obligation de traduire en justice les responsables *prima facie* des violations des droits de l'homme[38]. La pratique des Etats ne comptait pas de poursuites judiciaires de ce genre. Toutefois, un débat

---

[35] Décrets no. 2741, n°2742 et n°2743 du 30 décembre 1990, Bulletin Officiel du 3 janvier 1991.

[36] *Rapport Annuel de la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, 1992-1993, Rapport 28/92*, Argentine, Cas 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309, 10.311, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc.14.

[37] *Ibid*., Rapport 29/92, Uruguay.

[38] Les seules obligations découlant du droit international conventionnel étaient celles de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 78 RTNU 277, 9 déc. 1948 (entrée en vigueur : 12 jan. 1951), et de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 RTNU 195.

académique s'est déroulé entre Diane Orentlicher[39] et Carlos Santiago Nino, le philosophe qui était conseiller du Président Alfonsín[40]. Les seules exigences du droit international avaient affaire avec l'éclaircissement de la vérité[41].

La possibilité existait au niveau national à condition que le principe de légalité soit respecté, *nullum crimen nulla poena sine lege* ; mais rien n'interdisait le pardon, un fait du prince dans le droit interne. Cependant, il s'agissait d'une question théorique car on ne peut en retracer des exemples.

Le système interaméricain a été le premier à traiter systématiquement le problème. Il ne s'agissait pas d'un souci académique mais d'une urgence politique, exprimée par les résolutions de l'Assemblée générale de l'Organisation des états américains[42]. Pour sa part, la ComIDH a souligné qu' « il est nécessaire de préciser avec certitude si ces personnes vivent ou si elles sont mortes ; si elles vivent, où est-ce qu'elles sont, et si elles sont mortes, où, quand et dans quelles circonstances elles ont perdu leurs vies et où ont été inhumés leurs corps ». Or, la ComIDH qui était consciente de ce contexte juridique, en décida autrement.

On est, donc, amené à conclure qu'avec sa décision 28/92, la ComIDH a fait naître une règle juridique régionale, imposant aux États des obligations plus strictes que celles en vigueur dans d'autres parties du monde. L'acceptation générale de ces décisions équivaut au consentement. Cette règle régionale commença à être effective en 1992.

Il faudra attendre l'établissement de la Cour pénale internationale pour qu'une telle règle juridique s'établisse au niveau international et consacre de manière universelle une halte à l'impunité pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale, soit le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression[43].

De nouveau, la situation de l'Argentine a été l'occasion d'initiatives juridiques nouvelles et annonciatrices des évolutions futures de la justice internationale. On continue à se demander si la ComIDH était consciente de la portée de sa création, de la faisabilité des transitions dans ces conditions. Nous y sommes.

---

[39] D. Orentlicher, « Settling Accounts : The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime », *The Yale Law Journal*, 100, 1991, 2537-2615.

[40] C.S. Nino, « The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context : The Case of Argentina », *The Yale Law Journal*, 100, 1991, 2619-2643.

[41] Organisation des Etats Américains (OEA), Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, OEA/Ser.L/V/II.49 doc.19, 144.

[42] Résolutions de l'Assemblée Générale de l'OEA : AG/RES.443-IX-0/79 (31 oct. 1979) ; AG/RES.510-X-0/80 (27 nov. 1980) ; AG/RES.618-XII-0/82 (20 nov. 1982) ; AG/RES.666-XIII-0/83 (18 nov. 1983) ; AG/RES.742-XIV-0/84 (17 nov. 1984) ; AG/RES.890-XVII-0/87 (14 nov. 1987) entre autres.

[43] Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 2187 RTNU 3, Rome, 17 juillet 1998 (entré en vigueur : 1er juill. 2002).

3.3. *Les réparations*

Le règlement à l'amiable d'une affaire portée devant la ComIDH par des anciens détenus à la disposition du Pouvoir exécutif[44] auxquels les tribunaux n'avaient pas octroyé de réparations, a permis à l'Argentine de commencer effectivement avec sa politique de réparations.

La loi 24.043 a accordé aux anciens détenus un bénéfice équivalant par jour de détention sans traduction devant un juge au trentième du salaire de la plus haute catégorie de fonctionnaire de l'administration nationale, tandis que la loi 24.411, accordant un bénéfice équivalant à un mois de salaire de la même catégorie de fonctionnaire par mois depuis la date de la disparition forcée de la victime, visa la situation des disparus. Les organes d'application ont fait des interprétations extensives de ces dispositions de façon à bénéficier le plus grand nombre de victimes. La route était ouverte.

4. A LA RECHERCHE DE LA VÉRITÉ ENCORE UNE FOIS

La scène nationale argentine n'est pas restée inactive suite aux lois et décrets d'arrêt des poursuites. La vérité reconnue suite au rapport CONADEP et aux arrêts judiciaires était lourde et puissante. Les familles des victimes, les ONG et certains membres du pouvoir judiciaire ont beaucoup poussé toutes les options afin de poursuivre le travail de mémoire mais aussi le travail de justice.

4.1. *Les poursuites en matière d'abduction d'enfants*

Depuis 1990, seuls les présumés responsables de délits de viol, d'appropriation de mineurs, de substitution de l'état civil et d'appropriation d'immeubles à des fins d'extorsion pouvaient encore être poursuivis.

Suite à des plaintes par des familles et des ONG, les tribunaux ont mis en accusation certains membres des forces armées et de sécurité qui avaient déjà été amnistiés pour les autres crimes commis. Ils ont tous été assignés à résidence, puis ils ont été transférés vers des prisons ordinaires.

Le 28 février 2011, un débat public s'est ouvert dans le procès suivi de l'ancien président Jorge Rafael Videla et d'autres militaires accusés du « vol » des bébés pendant la dictature. Le 6 juillet 2012, par un arrêt rendu par le Tribunal oral fédéral n°6 de Buenos Aires, les anciens présidents *de facto* Jorge Rafael Videla et Reynaldo Benito Bignone, entre autres, ont été reconnus coupables de l'enlèvement, de la rétention et de la dissimulation de mineurs de moins de dix ans ainsi que de la suppression de leur identité, dans le cadre du plan systématique

---

[44] OEA, *Rapport annuel de la Commission Interaméricaine des Droits de l'homme, 1992-1993, Rapport 1/93, Argentine*, Cas 10.288, 10.310, 10.436, 10.496, 10.631, 10.771, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc.14.

d'appropriation de bébés, sur la base d'une enquête révélant plus de 30 faits similaires qui avaient eu lieu pendant la dictature.

En effet, le Tribunal a déclaré que le plan systématique de disparition de personnes, conçu, contrôlé et exécuté par les forces armées, incluait les enfants : l'enlèvement, la torture, la captivité, la disparition de la mère et la disparition de l'enfant étaient les différentes étapes d'une pratique systématique. Dans ce contexte, le Tribunal a condamné les inculpés même pour les enfants non « réapparus ». En effet, il a été prouvé que les enfants étaient nés, qu'ils avaient été vus, qu'ils étaient avec leurs mères, qu'ils ont été séparés de leurs mères très vite, en d'autres termes, que les enfants étaient nés vivants même si l'on ignore encore où ils sont.

4.2. *Les procès-vérité*

Vers la fin des années 90, des informations produites par les avocats des familles de certaines victimes menèrent la Cour fédérale d'appel de la Capitale à ordonner l'ouverture d'une instruction au sujet de plusieurs incidents relatifs à la détermination de la destination finale de ces victimes. La décision reproduit une partie du rapport annuel de 1985-1986 de la ComIDH dans lequel celle-ci souligne que

> [T oute la société a un droit inaliénable de connaître la vérité sur ce que s'est passé ainsi que les raisons et circonstances dans lesquelles les délits aberrants ont pu être commis, afin d'éviter la répétition de ces faits dans le futur. En même temps, rien ne peut empêcher les familles des victimes de connaître ce qui s'est passé avec leurs proches. Un tel accès à la vérité ne suppose pas d'obstacle à la liberté d'expression, laquelle – il est vrai – doit être exercée avec responsabilité ; la formation de commissions d'enquête dont la composition et la compétence devront être déterminées conformément au droit interne de chaque pays, ou l'octroi des moyens nécessaires au pouvoir judiciaire pour mener les enquêtes nécessaires[45].

En 1999, dans le contexte du règlement à l'amiable d'une affaire présentée à la ComIDH, le gouvernement argentin a reconnu le droit à la vérité de la famille de Alejandra Lapacó[46].

Les organismes de droits de l'homme – qui sont nés en qualité de rassemblement de familles des victimes – ont présenté aux juges leur besoin d'un droit à la vérité. Les tribunaux fédéraux ont accepté les demandes[47]. Il s'en suivit une expérience inédite au cours de laquelle les tribunaux argentins furent mobilisés

---

[45] OEA, *Rapport annuel de la Commission Interaméricaine des Droits de l'homme, 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68 doc.8 rev.1, 205 (traduction libre).

[46] Cas no. 12.059, Rapport 70/99 d'admissibilité, *Carmen Aguiar de Lapacó c. Argentina*, 4 mai 1999 ; Accord sur le droit à la vérité signé entre Carmen Lapacó et l'Etat argentin devant la Commission Interaméricaine (*Acuerdo sobre derecho a la verdad firmado entre Carmen Lapacó y el Estado argentino ante la Comisión Interamericana*).

[47] Résolution 18/98 du 21 avril 1998 déclarant le droit des familles des victimes des abus commis par des agents de l'Etat pendant le dernier gouvernement de facto (1976/83) de

seulement pour recueillir des éléments de preuve. Les salles des tribunaux devinrent des enceintes de témoignage sans qu'aucune condamnation ne soit prononcée. La possibilité de condamner était close. Les procès avaient pour seul but de jeter la lumière sur les faits.

Des auditions ont eu lieu depuis 1999 dans de différents départements judiciaires, Buenos Aires, La Plata, Bahía Blanca, et d'autres villes du pays.

L'arrêt du 19 septembre 2006, du Tribunal oral fédéral n°1 de La Plata, province de Buenos Aires, s'est prévalu des témoignages des procès-vérité, entre autres moyens de preuve, pour condamner Miguel Osvaldo Etchecolatz, ancien cadre de la police de la province, pour « des délits contre l'humanité commis dans le cadre du génocide qui eut lieu en Argentine entre 1976 et 1983 ».

4.3. *L'évolution des mesures limitatives de responsabilité*

Le 6 mars 2001, le juge fédéral argentin Gabriel Cavallo déclara l'inconstitutionnalité des lois de point de final et de devoir d'obéissance par rapport au texte constitutionnel amendé en 1994[48] et décida de considérer une affaire où un ancien militaire qui avait bénéficié de ce pardon était responsable *prima facie*[49].

L'arrêt est fondé sur la nature des crimes contre l'humanité des délits visés dans les enquêtes ainsi que sur la qualification de *jus cogens* de l'obligation des États de poursuivre ces délits. A la lumière de l'évolution du droit international – le statut de la Cour pénale internationale avait été adopté en 1998 – ainsi que de la modification constitutionnelle argentine – qui a octroyé aux traités de droits de l'homme un statut préférentiel – le juge a conclu que les lois et le décret contestés constituaient un obstacle qui empêchait de poursuivre les enquêtes ; ils étaient, donc, contraires à la Constitution.

Le 14 mars 2001, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH) rendit son jugement dans l'affaire *Chumbipuna Aguirre*, dite *Barrios Altos*, où elle s'est prononcée à l'égard de l'auto amnistie décrétée par le Pérou dans le cadre des événements ayant eu lieu à Barrios Altos en novembre 1991 au cours desquels quinze personnes avianet été exécutées extrajudiciairement. Les faits n'avaient toujours pas fait l'objet d'une enquête[50].

---

connaître les circonstances relatives à leurs disparitions et, le cas échéant, la destination finale de leurs dépouilles.

[48] Depuis le 24 août 1994, tous les traités internationaux ont précédence sur les lois nationales et un certain nombre de traités de droits de l'homme et deux déclarations exprimant le droit coutumier ont hiérarchie constitutionnelle conformément à l'art. 75(22).

[49] *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años (Affaire no. 8686/2000)*, Tribunal National des affaires criminelles et correctionnelles fédérales n°4 ; Jugement, 6 mars 2001 (Registre du greffe no. 7), disponible à l'adresse suivante : www.nuncamas.org/juicios.

[50] Cour IDH, *Affaire Barrios Altos (Chumbipuna Aguirre y otros vs. Perú)*, Jugement, 14 mai 2001, Serie C n°75, paras. 41-44.

Elle considéra une telle loi d'amnistie incompatible avec la CADH et, plus généralement, que toute loi octroyant l'amnistie ou le pardon, ou établissant une exception de poursuite, ou encore excluant la responsabilité des personnes responsables *prima facie* de violations graves des droits de l'homme, telles que la torture, les exécutions extrajudiciaires et les disparitions forcées, contrevenait à ladite Convention[51]. La Cour considéra de telles dispositions inadmissibles et interdites par le droit international relatif aux droits de l'homme.

La décision du juge argentin fut confirmée par la Cour d'appel[52]. Début mai 2003, le Congrès décida de l'inconstitutionnalité desdites lois, ce qui permit la réouverture de plusieurs dossiers qui avaient été clos à la fin des années 1980 par les décrets adoptés par le Président Menem[53]. A vrai dire, les lois ne pouvaient plus être appliquées et elles avaient même épuisé leurs buts. La déclaration législative était plus un acte « politique », de prise de position des représentants, que juridique.

Dans ce contexte, depuis la fin 2003, certains membres de la Cour suprême de justice de l'Argentine ont fait appel à la jurisprudence de la Cour IDH dans l'affaire *Barrios Altos* dans leurs opinions individuelles. Le 24 août 2004, l'arrêt de la Cour dans le dossier d'*Arancibia Clavel*, inculpé de l'assassinat du général chilien Prats – ancien ministre de la défense du Président Salvador Allende – et de sa femme, Sofía, fit sienne cette doctrine[54].

Enfin, après que le Procureur Général se soit déclaré favorable[55], le 14 juin 2005, la Cour suprême déclara les lois de point final et de devoir d'obéissance inconstitutionnelles[56]. Elle précisa que les lois et les actes produits à partir de ces lois n'avaient plus aucun effet et ne pouvaient donc plus faire obstacle aux poursuites judiciaires entamées ni aux peines imposées aux coupables de violations des droits de l'homme commis sur le territoire argentin. Elle tint compte dans sa décision des modifications substantielles qu'avait connu le droit argentin depuis l'adoption des lois d'amnistie ainsi que de l'évolution progressive du droit international des droits de l'homme. Elle a soutenu que le devoir d'entamer des poursuites judiciaires dans les cas des crimes contre l'humanité appartenait à la catégorie du *jus cogens*.

---

[51] *Ibid.*

[52] Cour Nationale d'appel en matière criminelle et correctionnelle de la Capitale Fédérale, *Simón, Julio s/ procesamiento (Affaire 17.768)*, Tribunal fédéral n°4, Reg.19.193, 9 nov. 2001 (disponible à l'adresse suivante : www.nuncamas.org/juicios). L'arrêt fut signé par les juges Horacio Cattani, Martín Irurzún et Eduardo Luraschi.

[53] Loi n°25.779.

[54] Cour Suprême de Justice Nationale, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/Homicidio Calificado Y Asociación Ilicita y Otros*, A.533 XXXVIII, 24 août 2004.

[55] Rapport du Procureur Général de la Nation, 5 mai 2005 (disponible à l'adresse suivante : www.nuncamas.org/juicios).

[56] Tribunal Oral Federal pour les affaires criminelles no. 1, *Miguel Osvaldo Etchecolatz, Affaire no. 2251/06*, La Plata, sept. 2006.

4.4. *L'univers des affaires*

Sur le site web du Centre d'Études Légales et Sociales – CELS – l'une des organisations non gouvernementales de droits de l'homme en Argentine, qui, dès le début de son existence offrit une assistance juridique aux familles des victimes et qui continue à le faire, notamment dans le contexte des crimes contre l'humanité –, on peut lire que 2088 personnes, civiles et militaires, sont ou ont été impliquées dans des affaires relatives au terrorisme d'État, dont 374 ont été condamnées et 33 ont été acquittées[57].

Au 30 juin 2013, cent neuf personnes – des enfants disparus – avaient récupéré leurs identités avec l'aide des « Grand-Mères »[58].

5. Un bilan préliminaire

L'expérience argentine a été l'une des premières dans le développement du traitement des conséquences du passé récent[59]. Peu d'exemples – voire aucun – peuvent être localisés concernant des pays ayant décidé de restaurer la démocratie après des périodes d'autocratie et de le faire par la voie de la justice. Toutes les décisions structurelles prises par le gouvernement argentin ont été inédites, tant la commission d'enquête que les poursuites judiciaires à l'encontre des responsables des forces armées qui avaient pris le pouvoir *de facto* ; tant les mesures progressives de pardon que les procès en vue de la vérité.

La construction de la vérité a trouvé un espace inédit dans la scène judiciaire de l'Argentine. Et cela fut possible parce que la communauté nationale connaissait l'existence d'un plan criminel de répression conçu et mis en exécution par les agents de l'Etat, parce que les juges de la Constitution ont décidé d'enquêter, parce que les familles des victimes n'ont cessé de réclamer vérité et justice, parce que les ONG n'ont pas arrêté leur action en faveur de la consolidation de la démocratie et parce que le peuple argentin cherche un meilleur futur.

Ce parcours rend compte de la valeur de la vérité. D'une vérité face à laquelle personne ne pouvait feindre ignorance ; d'une vérité qui œuvrait à elle seule. La situation des droits de l'homme pendant la dictature était constamment en traitement et c'est ainsi que cette situation a permis de surmonter l'obstacle d'une législation qui, ayant en vue la réconciliation nationale, a rétréci l'action de la justice.

---

[57] Information disponible à l'adresse suivante : http://www.cels.org.ar/blogs/estadisticas/.

[58] Voir le site des « Abuelas », disponible à l'adresse : http://www.abuelas.org.ar/Libro2010/index.php.

[59] Voir A. Boraine, « La justice transitionnelle : un nouveau domaine », allocution prononcée lors du colloque « Réparer les effets du passé : Réparations et transitions vers la démocratie », Ottawa, Canada, le 11 mars 2004.

Beaucoup d'éléments viennent en aide de la rationalisation d'un tel processus, et l'on ne saurait ignorer l'incidence d'une culture de droits de l'homme à laquelle l'université publique argentine – notamment l'Université de Buenos Aires (UBA) mais aussi les autres universités publiques du pays – a beaucoup contribué en décidant de rendre obligatoire l'enseignement des droits de l'homme dans le plan d'études de la formation en droit[60]. Depuis 1986 les futurs avocats de l'UBA doivent étudier pendant un semestre les droits de l'homme et ont la possibilité de choisir des séminaires sur le sujet ainsi que des cours de pratique juridique dans le domaine des droits de l'homme. Les avocats qui mènent les poursuites de nos jours ont été les premiers étudiants de ce nouveau plan d'études de la démocratie. Aussi, les liens entre le monde des ONG en matière de droits de l'homme et l'académie ont contribué à renforcer cette culture. C'est de cette manière que les réclamations internationales auprès du système régional ont pu être effectuées.

Il est évident que la question internationale – notamment les liens avec le système régional et l'enceinte onusienne – a été centrale dans le développement des politiques nationales en matière de crimes contre l'humanité et de construction de la mémoire, entre autres.

Pendant la dictature, la conscience est venue de l'international : des organismes internationaux qui, alertés par les victimes, ont agi avec imagination et audace[61] ; des gouvernements étrangers qui ont pris parti en faveur du respect des droits de l'homme et se sont engagés dans les enceintes internationales.

Lors de la restauration démocratique, l'international a servi de soutien des actions locales – tel fut le cas des attitudes des gouvernements étrangers et des organisations internationales pour venir en aide lors des poursuites judiciaires avec des documents, des déclarations de témoins ; de comptoir de réclamations lorsque les portes de la justice se fermaient et la vérité devenait sombre et les délits impunis.

Au moment de reprendre le chemin de la justice, l'international accompagne. La société argentine – et son gouvernement – ont toujours reconnu la dette « internationale » et depuis 1983, le pays joue un rôle important dans le domaine international des droits de l'homme.

Le parcours argentin a été rythmé par des temps qui lui sont propres. Heureusement, l'horloge de la vérité et de la justice a repris son rythme. La démocratie argentine a travaillé pour le futur et pour cela, il lui fallait la mémoire.

---

[60] Voir : http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/nuevo_plan.pdf.

[61] Voir I. Guest, *Behind the Disappearances. Argentina's Dirty War Against Human Rights and the United Nations*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1990.

CHAPITRE QUARANTE

LE SIÈGE DE SARAJEVO : HIER, AUJOURD'HUI . . .

Rafaëlle Maison*

> Un autre témoin a expliqué comment les civils de Sarajevo vivaient « dans l'ombre constante de la mort ». La terreur et les souffrances causées à l'époque ont laissé chez les victimes des séquelles physiques et psychologiques qui n'ont pas disparu 12 ans plus tard et qui ne disparaîtront probablement jamais[1].
>
> La stratégie du nettoyage ethnique a plusieurs caractéristiques étranges qu'on appelle provisoirement archaïques et ce sont elles qui conduisent à la guerre de siège[2].

Les étudiants de ma génération ont accédé au droit international dans le bouleversement assez profond du début des années 1990 : celui de la chute de l'Union soviétique, de l'intervention autorisée par le Conseil de sécurité en Irak puis du choc de la résurgence des phénomènes génocidaires en Europe et au Rwanda. Ces derniers évènements, et leurs prolongements juridiques, permettaient un retour sur la notion de crime d'Etat à laquelle Pierre-Marie Dupuy avait déjà consacré plusieurs textes remarquables[3]. C'est à l'auteur, au conseil, et au professeur que ces quelques lignes sont dédiées, en témoignage de ma reconnaissance pour les commentaires éclairants livrés lors de l'élaboration d'une thèse que cette tragique actualité rendait possible, de ma reconnaissance pour sa générosité et sa

* Professeur de droit. Université Paris XI.

1 Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c. Dragomir Milosevic*, Affaire IT-98-29/1-T, Jugement, 12 déc. 2007, para. 993.

2 A. Joxe, « Sarajevo : retour à la guerre de siège. Analyse d'une pathologie stratégique », in C. Lévy-Vroelant, I. Joseph, Association Paris X-Sarajevo (dir.), *La guerre aux civils : Bosnie-Herzégovine*, 1992-1996, Paris, L'Harmattan, 1997, 115.

3 Par exemple, P.-M. Dupuy, « Action publique et crime international de l'Etat : à propos de l'article 19 du projet de la commission du droit international sur la responsabilité des Etats », *Annuaire Français de Droit International*, 1979, 539-554. Plus récemment, on se rapportera à l'article sur le très décevant arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire bosniaque : P.-M. Dupuy, « Crime sans châtiment ou mission accomplie ? », *Revue Générale de Droit International Public*, 111, 2007, 243-258.

bienveillance alors que j'étais assistante à l'Institut des hautes études internationales de Paris, et depuis lors.

La réapparition de la guerre d'exclusion ethnique en Europe et le siège de la capitale de la Bosnie-Herzégovine pendant près de quatre années, ont sidéré des opinions publiques confrontées à leur description presque quotidienne. Il ne s'agissait nullement d'un conflit obscur ou lointain mais d'une agression dont les auteurs identifiés se présentaient sous le regard de tous, pour le moins dans une Europe occidentale, espace définitivement pacifié dont la politique a parfois été décrite comme exprimant la « peur de la guerre »[4]. Les hostilités actives ont cessé mais Sarajevo, capitale d'un pays reconfiguré par les accords de Dayton, est-elle libérée ?

En 2009, quatorze ans après la fin de la guerre de Bosnie, le journaliste Emmanuel Laurentin se trouve à Sarajevo et propose à ses auditeurs une visite de la ville, en compagnie de Jovan Divjak, le général, serbe, qui contribua à sa défense pendant les quatre années de siège[5]. Dans cet entretien[6], réalisé en mouvement sur le terrain, on entend le groupe se diriger en voiture du centre-ville vers le musée du tunnel, musée privé se trouvant à l'Ouest de la ville. Il est question de l'importance de la vie artistique pendant le siège. Puis, Jovan Divjak montre le panneau signalant l'entrée dans la République serbe de Bosnie :

> Tiens, on entre en Republika Srpska. Tiens, regardez le panneau. Il dit : « Sarajevo Ouest », voilà. C'est à dire que Sarajevo est divisée en deux. Une partie de Sarajevo appartient à la Republika Srpska. C'est 80 000 serbes qui vivent ici, et on ne veut pas dire que c'est Sarajevo, capitale de Bosnie. Les Serbes nationalistes disent « on n'accepte pas Sarajevo comme capitale de Bosnie Herzégovine et de la Republika Srpska ». Ils estiment que Banja Luka est la capitale de la Republika Srpska. Voilà.
>
> Q : Et que Sarajevo n'est qu'un quartier de cette Republika Srpska?
>
> JD : Oui, c'est ça, 80 000 qui habitent ici.

Commentant sans doute un mouvement physique assez soudain, le général précise :

> Je dois me cacher, je suis sur la liste des criminels de guerre, vous savez bien. S'ils m'attrapent, ils peuvent m'envoyer en prison.
>
> Q : Et, ça ne vous fait pas peur ?
>
> JD : Heu si . . . ou on. Mais . . . peur, c'est pas peur, on peut m'arrêter, on peut 'dire vous êtes sur la liste, vous êtes responsable d'avoir tué des serbes pendant la guerre', voilà. On peut dire ça.

---

[4] A. Joxe, « La peur de la guerre et la paralysie stratégique de l'Europe », in *L'ex-Yougoslavie en Europe*, Paris, L'Harmattan, 1997, 99-111.

[5] J. Divjak, *Sarajevo, mon amour*, Entretiens avec Florence La Bruyère, Paris, Buchet Chastel, 2004.

[6] Disponible à l'adresse suivante: http://www.franceculture.fr/emission-histoire-des-balkans-34-2009-12-23.html

> Q : Cela doit vous faire drôle de devoir comme ça, pour faire ce trajet où nous allons rejoindre le tunnel, de devoir à chaque fois passer par cette Republika Srpska, vous Jovan Divjak ?
>
> JD : Oui, mais . . . c'est mon ami qui a dit, il faut passer de l'autre côté. Je dis, c'est plus court d'ici. Mais on passera de l'autre côté en revenant à Sarajevo.

Le général revient à sa description des lieux, avant de marquer de nouveau l'entrée dans la partie fédérale de la ville :

> A gauche, vous pouvez voir, c'est une colline. C'était une position de l'artillerie serbe, qui tirait autour de l'aéroport. Voilà. Ici, c'est la ligne de séparation de la Republika Srpska. Et on entre dans la Fédération. Ici c'est la Fédération.

Il est frappant de voir apparaître, dans cet entretien mémoriel apparemment confortable, ce qui semble être la permanence matérielle du siège de Sarajevo. Elle s'exprime en paroles mais aussi de manière presque physique, par l'attention inquiète que l'on devine, puis la détente du général au passage de ces frontières intérieures de la ville. La situation de la Bosnie-Herzégovine reconfigurée par les accords internationaux de Dayton est telle qu'un citoyen bosniaque se trouve menacé d'arrestation pour son rôle dans la défense de la capitale de l'Etat lors du franchissement d'une frontière intérieure, frontière qui continue de participer de la géographie de la ville. Cette frontière intérieure n'est pas une frontière de mémoire, ce n'est pas le souvenir du siège qui suscite l'inquiétude. C'est la permanence de l'adversaire, disposant de forces autonomes, aux portes de la cité.

Quand et comment ce nouveau siège prendra-t-il fin ? Nous ne prétendons pas ici répondre à cette question mais faire retour sur les jugements internationaux concernant le siège de Sarajevo en interrogeant la norme de droit et les récits du siège produits par le juge[7]. On notera incidemment que cette production judiciaire – centrée sur l'établissement de responsabilités individuelles – n'est que modérément susceptible de contribuer à alléger le siège contemporain dès lors qu'elle ne dit rien des statuts territoriaux, dont l'ambiguïté naît de l'accord de Dayton, ou des réparations de guerre, oubliées par ce même accord. A ce jour,

---

[7] Deux affaires jugées par le TPIY concernent Sarajevo. L'affaire *Stanislav Galic* a donné lieu à un jugement de première instance (TPIY, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Affaire no. IT-98-29-T, Jugement, 5 déc. 2003, ci-après « Jugement Galic ») et à un arrêt d'appel (le 30 nov. 2006). Dans l'affaire *Dragomir Milosevic*, le jugement de première instance a été rendu le 12 décembre 2007 (TPIY, *Le Procureur c. Dragomir Milosevic*, Affaire no. 98-29/1-T, 12 déc. 2007, ci-après « Jugement Dragomir Milosevic ») et l'arrêt d'appel le 12 novembre 2009. A l'exception de ce dernier arrêt, l'ensemble des jugements est disponible en français sur le site du Tribunal. Pour une présentation des principaux aspects juridiques, v. H. Ascensio & R. Maison, « L'activité des juridictions pénales internationales », *Annuaire Français de Droit International*, 2004, 448-449, *Annuaire Français de Droit International*, 2007, 451-452 ; *Annuaire Français de Droit International*, 2009, 371-372.

les jugements sur le siège de la ville ont eu pour effet d'imposer à deux généraux commandant les forces serbes assiégeant la ville des peines d'emprisonnement qui sont exécutées en Estonie (Dragomir Milosevic, condamné à 29 années de prison) et en Allemagne (Stanislav Galic, condamné à la prison à vie). Le siège de Sarajevo continue d'être examiné par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), dans le contexte plus large des affaires *Karadzic* et *Mladic*.

1. Quelle norme ?

Le siège de la capitale bosniaque, perçu comme l'une des composantes d'une politique criminelle et fascisante de la Serbie, pouvait-il engager des qualifications juridiques à la hauteur de cette analyse ?

Dans un droit de la guerre dont les opinions européennes d'un temps de paix prolongé n'ont qu'une connaissance assez lointaine, attaquer une ville ou l'assiéger n'est pas explicitement prohibé. Le statut du TPIY ne mentionne pas spécifiquement le siège – un terme généralement employé pour désigner l'action d'encercler une concentration militaire ennemie, une forteresse, ou tout autre lieu défendu par l'ennemi afin de le couper des voies de soutien et d'approvisionnement[8]. Pour ce qui est des règles relatives à la conduite des hostilités, le Statut du TPIY (article 3) renvoie essentiellement à l'interdiction d'attaquer des villes ou de villages qui ne sont pas défendus. S'il faut alors recourir, par-delà ce texte, au droit conventionnel et coutumier de la guerre, le siège n'est qu'indirectement visé par l'interdiction de recourir à la famine comme moyen de faire la guerre[9]. Certes, on pouvait aussi imaginer que soit utilisée la condition spéciale de la capitale bosniaque, déclarée « zone de sécurité » en 1993 par le Conseil de sécurité des Nations Unies[10]. Mais l'attaque des zones de sécurité en soi n'a jamais été pensée, dans l'histoire des poursuites devant le TPIY, comme un comportement criminel – ou, pour le moins, n'a jamais donné lieu à des poursuites spécifiques[11].

Ce n'est donc pas sur le terrain du siège ni sur le terrain inexploré de l'attaque d'une zone de sécurité – terrains obscurcis par le rôle des forces des Nations Unies à Sarajevo - que s'est engagée la description du Procureur. En effet, l'accusation portée dans les affaires des généraux serbes ne se rapporte pas au siège en lui-même mais aux attaques portées, à partir des positions dominantes, sur la ville

---

[8] Y. Dinstein, *The Conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 133.

[9] Article 54 du premier protocole additionnel aux Conventions de Genève, « Protection des biens indispensables à la survie de la population civile : 1. Il est interdit d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre ».

[10] Résolutions 819, 824 et 836 du Conseil de sécurité des Nations Unies.

[11] H. Ascensio & R. Maison, « L'activité des juridictions pénales internationales (2010-2011) », *Annuaire Français de Droit International*, 2011, 257.

et ses habitants[12]. Les accusations se rapportent à des tirs d'artilleries (mortiers – puis mortiers et bombes aériennes modifiées lancées à partir de camions) et tirs de précision (*sniping*) qui auraient, finalement, pu prospérer en dehors d'une situation de siège.

Le Procureur présente ainsi une série d'exemples, une sélection de ces tirs comme autant de cas d'*attaques directes contre les civils*. Il faut établir, dans chaque espèce, que l'attaque ne visait aucun objectif militaire. Une fois établie, la récurrence des comportements est avancée comme preuve du caractère systématique de l'attaque contre la population civile. On passe alors aisément sur le terrain du crime contre l'humanité, « attaque généralisée et systématique contre la population civile ».

Cet ensemble démonstratif n'a pas suscité de difficultés majeures du point de vue de la norme de droit. A ce stade, on peut relever que l'identification d'épisodes spécifiques visant spécifiquement les civils permet d'éviter le débat général sur le caractère défendu de la ville qui, rapporté aux règles évoquées plus haut, aurait pu faire échec à la caractérisation des crimes. Il est, dans ces affaires, finalement assez surprenant que le choix d'une approche sélective, distinguant chaque attaque, permette d'abord utilement (du point de vue accusatoire) la qualification pénale des attaques; et permette ensuite la montée en généralité, à partir de ces exemples choisis comme attestant d'une stratégie systémique de ciblage des civils. L'approche sélective est, étrangement, le moyen de la construction d'un phénomène identifiable comme crime contre l'humanité.

Mais ce qui concentra le débat, en droit, c'est le choix du Procureur d'insister sur la volonté sous-jacente à ces attaques directes. Il s'agit en effet, en s'appuyant sur le droit de la guerre, de saisir, par la qualification pénale, le but des assiégeants. Il est décrit comme un but de « terrorisation », et rencontre une description dans les règles du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève[13]. Le caractère systématique et récurrent du ciblage des civils a ainsi pour but de « terroriser » la population de Sarajevo. Est alors avancée l'existence

---

[12] On relèvera que, dans l'affaire *Dragomir Milosevic*, la Chambre s'interroge – à propos du rôle du tunnel progressivement construit sous l'aéroport – sur l'existence même d'un siège. Elle estime finalement que « Sarajevo était effectivement assiégée par le SRK [forces serbes]. Même si, compte tenu des possibilités limitées qu'offrait le tunnel, il ne s'agissait pas d'un siège au sens classique du terme (c'est à dire d'un encerclement), la ville était bel et bien assiégée au sens où elle était l'objet d'une opération militaire, caractérisée par une attaque ou une campagne ininterrompue de 14 mois pendant lesquels la population civile a été privée, d'une part, d'un approvisionnement normal en nourriture, en eau, en médicaments et en autre produits de première nécessité, et d'autre part, du droit de quitter la ville à son gré. Le siège de Sarajevo avait pour but de forcer les autorités bosniaques à capituler », Jugement Dragomir Milosevic, para. 751.

[13] Article 51 du premier protocole additionnel aux Conventions de Genève, « protection de la population civile [...] 2. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile ».

d'un crime spécifique où l'attaque directe contre les civils est en quelque sorte aggravée car elle procède d'un choix délibéré, d'un choix stratégique, qui parie sur l'effet de terreur créé dans la population, effet censé – on le suppose mais cela n'est pas précisé dans le discours de l'accusation – accélérer la reddition. Le siège n'est pas ici figuré par un affaiblissement des forces physiques que produirait l'extrême pénurie alimentaire, mais par la diffusion d'un sentiment de « peur extrême » un affaiblissement de la résistance morale. Cette peur extrême est pensée, par les assiégeants, comme le résultat d'une situation de soumission permanente, sur une longue durée, à des attaques ou des tirs aléatoires provenant des hauteurs de la ville. Provenant d'assaillants qui sont comme anonymes et tout-puissants dans la mesure où ils ne se trouvent jamais en situation de risque, en situation de combat dans la ville.

C'est la mise en avant de ce crime de « terrorisation » qui souleva quelques débats chez les juges, la trace la plus explicite en étant l'exposé de leurs opinions individuelles et dissidentes. Ces débats tiennent à l'emploi de la catégorie dans un conflit présenté comme interne par le procureur et à l'absence de précédents récents de sanction d'un tel crime[14].

On relèvera, pour notre part, quelques aspects singuliers de ces premières attestations judiciaires du crime de « terrorisation ». D'abord, son émergence permet de rendre compte de stratégies de terreur qui ne sont pas l'apanage de terroristes. Une armée régulière peut pratiquer le terrorisme. Par ailleurs, même si cela n'était pas avancé par le Procureur, on peut prolonger la réflexion sur la volonté des assiégeants : il s'agissait sans doute de terroriser la population mais aussi le monde extérieur à la ville. Il y a en effet, dans ce siège longuement entretenu, et précisément observé, la mise en scène d'une toute puissance sur un symbole d'urbanité multiculturel, qui produit, pour le dehors, tout à la fois indignation et crainte. Cet aspect n'est évoqué qu'indirectement, et paradoxalement, dans les jugements, lorsqu'il est question d'une stratégie bosniaque recherchant, par d'hypothétiques « auto-bombardements », une empathie internationale transformable en choix interventionniste. Il apparaît également dans l'évocation des effets sur la force des Nations Unies présente à Sarajevo (FORPRONU) : la campagne de terreur a selon les juges aussi pour but de « conserver l'avantage psychologique » sur ces forces « afin de prévenir toute intervention de l'ONU »[15].

---

[14] Jugement Galic, opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Nieto-Navia, paras. 108ss ; Arrêt Galic, opinion individuelle du juge Shahabuddeen, paras. 2-5, opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Meron, para. 2, opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Schomburg, paras. 4-22 ; Arrêt Dragomir Milosevic, Partly dissenting opinion of Judge Liu Daqun (qui rejoint le juge Schomburg).

[15] Jugement Dragomir Milosevic, para. 760 : « selon David Harland, les menaces que Momcilo Krajisnik adressait à la communauté internationale et aux Musulmans de Bosnie étaient du même ordre ».

Mais finalement, le droit relatif au siège ne s'est pas enrichi à l'occasion de la poursuite des généraux. La question, de droit, a été déplacée. Une offensive stratégique et idéologique (obtenir la reddition de la capitale, symbole de multiculturalisme où se maintint un gouvernement prônant le refus de l'ethnisme) devient une offensive visant la population civile (ce qu'elle est aussi à l'évidence) qui n'est plus qualifiée que par un but ponctuellement identifié, celui de semer la terreur dans cette population. La dimension de l'exclusion ethnique disparaît dans la description : même si la catégorie du crime contre l'humanité est employée, elle l'est dans sa version non discriminatoire. En somme, la question du siège et de son sens dans l'histoire de la « purification ethnique » n'est pas juridiquement élaborée.

Ce défaut d'élaboration, ou cet évitement, peut être rapproché des récentes enquêtes relatives à un phénomène juridiquement proche du siège, celui du blocus. Ainsi, dans le rapport Goldstone, commandé après l'offensive israélienne contre Gaza, le travail de qualification a mobilisé une autre catégorie du droit de la guerre, prohibant la punition collective des populations civiles. Le blocus est dénoncé sur la base du droit de la guerre en tant qu'il consiste à punir la population de Gaza pour ses choix politiques[16].

2. Récits et contre-récits du siège

Les catégories juridiques avancées par le procureur et admises par les juges ne peuvent donc produire qu'une description limitée de la réalité du siège de Sarajevo. Il est, précisément, intéressant de relever ce qui, dans le cadre contraint de ce débat, apparaît – ou disparaît – dans le récit judiciaire.

Dans la mesure où l'accent est mis sur les tirs de précision et les bombardements, la question du ravitaillement de la population n'est pas centrale dans les jugements. Le sort de l'aide humanitaire n'est donc pas véritablement décrit. De même, les effets de la présence des forces de l'ONU ne font pas l'objet d'analyses développées, sauf pour ce qui concerne la question, présentée comme

[16] « Israel, rather than fighting the Palestinian armed groups operating in Gaza in a targeted way, has chosen to punish the whole Gaza Strip and the population in it with economic, political and military sanctions. This has been seen and felt by many people with whom the Mission spoke as a form of collective punishment inflicted on the Palestinians because of their political choices. The facts ascertained by the Mission, the conditions resulting from the deliberate actions of the Israeli armed forces and the declared policies of the Israeli Government [...] with regard to the Gaza Strip before, during and after the military operation, cumulatively indicate the intention to inflict collective punishment on the people of the Gaza Strip. The Mission, therefore, finds a violation of the provisions of article 33 of the Fourth Geneva Convention », *Report of the United Fact Finding Mission on the Gaza Conflict*, UN Doc. A/HRC/12/48, 15 sept. 2009, 369-370, para. 1325.

« complexe », de la maîtrise de l'aéroport[17]. On voit toutefois clairement se déployer le rôle d'observation (et de protestation) tenu par la FORPRONU dans la mesure où le débat relatif à certains épisodes particulièrement meurtriers (bombardement du marché de Markale) fait apparaître les rapports d'enquête produits à l'époque par les forces onusiennes. Le rôle du tunnel, progressivement construit par les forces bosniaques sous l'aéroport, qui participe localement d'un récit puissant de résistance, n'est quant à lui abordé que très ponctuellement[18].

Les jugements décrivent les temps du siège (début, fin, intensité des attaques), de même que sa topographie (encerclement, positions des forces serbes sur les hauteurs)[19] et les forces immédiatement en conflit (lignes de front, armes, nombre et « compétence » des combattants)[20]. La composition de la population civile (habitants d'origine, réfugiés) n'est en revanche pas très longuement analysée ; pas plus que les possibilités de quitter la ville. Enfin, la question de Sarajevo comme siège du gouvernement bosniaque n'est pas explicitement pensée ; elle aurait sans doute mobilisé un corpus conceptuel beaucoup plus large, celui du recours à la force et à la menace de la force dans les relations internationales, qui n'a jamais été accessible au TPIY. La production judiciaire est en conséquence très loin de rendre compte du siège de manière exhaustive. Cependant, en s'appuyant essentiellement sur les témoignages des membres de la FORPRONU, elle propose une lecture du siège, dont une *rationalité tactique* émerge à la lecture des jugements.

D'abord, les juges notent que les positions d'encerclement sont très rapidement établies ; il s'agit dès lors d'une guerre de position[21], où les lignes de front ne varieront plus. Par ailleurs, ils relèvent que la campagne de tirs sur la population civile fut conduite par des militaires serbes présentés comme « très professionnels »[22]. Sur la période de 38 mois couverte par les deux affaires elle fut d'intensité variable[23] car les assiégeants utilisèrent leur puissance de feu pour réagir à certains évènements (militaires ou diplomatiques, notamment à l'extérieur de

---

[17] Jugement Galic, paras. 411-416 : « La Chambre de première instance considère que la situation à l'aéroport était complexe. Le SRK [forces serbes] en avait cédé le contrôle à l'ONU pour la livraison de l'aide humanitaire et d'autres activités connexes [...]. Des troupes du SRK étaient stationnées des deux côtés de la piste d'atterrissage, et en particulier au sud-est ».

[18] Jugement Dragomir Milosevic, paras. 749-751. Pour un exemple de la littérature sur le tunnel produite à Sarajevo : Edis et Bajro Kolar, *Tunel* (brochure du musée du tunnel).

[19] Jugement Galic, paras. 589 et 585.

[20] Jugement Dragomir Milosevic, paras. 111-140 (description des lignes de front).

[21] Jugement Galic, para. 589.

[22] *Ibid.*, para. 617.

[23] *Ibid.*, paras. 561-563, para. 590.

la ville)[24] : le terme de bombardement punitif est ainsi employé[25]. Ceci démontre, pour les juges, l'absolu contrôle exercé sur les troupes, dans une chaîne hiérarchique qui se prolonge par-delà les généraux accusés.

Quoique terrorisante et d'intensité variable, la campagne de tirs se caractérise finalement par un niveau relativement faible de pertes. Pour le général Rupert Smith, dont le témoignage est repris par les juges, « sauf en cas de riposte à une attaque spécifique, les bombardements et les tirs isolés dirigés contre les quartiers civils de Sarajevo visaient 'essentiellement à terroriser les assiégés, à saper leur moral et à faire en sorte que la pression serbe devienne une obsession pour la population' »[26]. Il ne s'agit donc pas d'exterminer[27] mais bien de maintenir sous pression, tout en évitant, provisoirement, un réel engagement militaire international. Les juges s'associent aux analyses de David Harland selon lesquelles « la nature de cette campagne – un petit nombre de victimes à maints endroits – permettait de maintenir un niveau de 'terreur' élevé tout en freinant le déclenchement d'évènements dramatiques qui donneraient lieu à la création d'une coalition internationale »[28]. Cette réflexion doit être rapprochée de celle du général Divjak, livrée hors des procès internationaux, qui note que les forces serbes n'auraient pas disposé de suffisamment d'hommes pour engager un combat dans la ville[29]. Le seul moyen d'obtenir la reddition, peut-on alors penser, aurait été l'intensification des bombardements meurtriers, mais avec la probabilité d'une réaction internationale contre les assiégeants[30]. La tactique du siège remplit donc un but politique, les forces serbes n'ayant « rien à gagner sur le plan militaire », selon les termes du lieutenant-colonel Fortin[31].

Car pour les internationaux témoins au procès, il s'agissait, sans offensive *dans* la ville, et donc sans risque de pertes, de maintenir une pression sur le gouvernement bosniaque se trouvant dans la ville assiégée (et les internationaux ?),

---

[24] *Ibid.*, paras. 642 et 681 (témoignage de Richard Mole : « pour ce qui est de Sarajevo, il menait une politique d'endiguement et, par conséquent, il considérait que ses moyens militaires pouvaient être utilisés pour riposter sur la ville à des activités menées ailleurs »).

[25] Jugement Galic, para. 646 (témoignage de Pyers Tucker).

[26] Jugement Dragomir Milosevic, para. 755.

[27] Jugement Galic, para. 593.

[28] Jugement Dragomir Milosevic, para. 760.

[29] « A l'intérieur, nos forces comptaient près de quarante mille militaires et policiers. Il en aurait fallu au moins le triple – soit cent cinquante mille hommes – à Mladic pour maîtriser Sarajevo [...] Les Serbes rechignaient à se battre, ils ne voulaient pas payer ce prix-là. C'est pourquoi Mladic a choisi la stratégie de l'étouffement : il voulait faire plier la ville jusqu'à ce qu'elle se rende et dépose les armes », Divjak, *Sarajevo, mon amour*, 130.

[30] Jugement Dragomir Milosevic, para. 783 : v. en ce sens les propos tenus par Radovan Karadzic devant le général Smith le 5 avril 1995.

[31] Jugement Dragomir Milosevic, para. 755.

aux fins de le (de les ?) contraindre à accepter un accord de paix[32]. En effet, dès lors qu'elles ont très rapidement acquis (par la purification ethnique) le contrôle d'une grande partie du territoire bosniaque, les forces serbes souhaitent que ces acquisitions territoriales soient figées par un accord avec le gouvernement bosniaque qui serait idéalement garanti par la société internationale[33].

Cette tactique du siège comme moyen de faire accepter les conquêtes territoriales serbes se dégage aussi des développements que les juges consacrent aux offensives de l'armée bosniaque à Sarajevo. En effet, les forces bosniaques doivent quant à elles prolonger le combat, non seulement pour lever le siège mais aussi pour rendre impossible un cessez-le-feu général conduisant à un accord qui entérinerait la division territoriale acquise par la purification ethnique[34]. Et l'exaspération parfois exprimée face aux combattants bosniaques provient des conséquences communément tirées de cette réalité tactique du siège serbe. Le siège pourrait ainsi aisément prendre fin par l'acceptation de la paix serbe pense-t-on nécessairement, les offensives bosniaques dans la ville constituant alors des obstacles à cette paix[35]. et donc des obstacles à la fin du siège[36]. En dernier lieu, paradoxalement, la permanence du siège serait le fait des forces bosniaques : on est alors très proche de la figure de propagande efficace de l' « auto-bombardement » que l'on examinera dans un instant.

---

[32] Jugement Dragomir Milosevic, paras. 755 et 756 (témoignage de David Harland) ; Jugement Galic, para. 577 (témoignage de Pyers Tucker).

[33] Jugement Dragomir Milosevic, para. 753 : « David Harland a déclaré que cette campagne s'inscrivait dans le cadre d'une stratégie visant à faire 'pression' sur les Musulmans de Bosnie pour les forcer à capituler dans les conditions favorables aux Serbes de Bosnie. A cette fin, ces derniers ont concentré leurs efforts, en 1992 et 1993, sur l'annexion de territoires et l'expulsion de la population non serbe de Bosnie-Herzégovine. En 1994, selon David Harland, les Serbes de Bosnie pensaient être sur le point d'atteindre leurs objectifs. Radovan Karadzic et Momcilo Krajisnik avaient expliqué que leur tactique était de conserver les territoires ainsi annexés et faire comprendre aux autorités musulmanes de Bosnie qu'elles n'avaient pas d'autre solution sur le plan militaire et que les souffrances des Musulmans ne feraient qu'empirer si elles n'acceptaient pas un accord politique ». La suite de ce paragraphe expose comment les modalités du siège évoluent selon les périodes. L'année 1994 est plus calme. En 1995, la pression s'aggrave après que les Serbes ont réalisé que « les Musulmans de Bosnie n'allaient pas capituler ». V. aussi Jugement Galic, para. 566 (témoignage de Pyers Tucker).

[34] Jugement Galic, para. 566 (témoignages de Pyers Tucker et Michael Rose).

[35] Jugement Galic, note 2044, présentant l'analyse du général Briquemont selon laquelle les attaques lancées par les Serbes à Sarajevo visaient « à exercer en permanence une pression sur les Musulmans afin de les contraindre à signer un accord de paix ». « En réalité, les deux parties n'étaient pas désireuses de voir le calme régner à Sarajevo » (Compte-rendu, 10105).

[36] Conséquences incertaines car il n'est, à l'évidence, pas certain que l'absence de résistance bosniaque aurait conduit à cette paix serbe ; cette paix est sans doute celle qui pouvait être envisagée par les stratèges serbes *dans le cadre* de la résistance opposée par les forces bosniaques.

Relevons incidemment que les internationaux ne sont pas forcément les informateurs impartiaux que figure le jugement : ils sont finalement partie prenante du siège, qu'ils l'entretiennent involontairement ou qu'ils le subissent. La série de prise d'otages de 1995 en est l'illustration la plus explicite, mais on a fréquemment souligné que la présence de la FORPRONU sur le terrain permettait aux forces serbes de maintenir une pression constante sur les Etats y participant[37]. Les développements consacrés dans les jugements aux bombardements successifs du marché de Markale présentent quelques indices de l'ambiguïté de la posture de forces internationales. Le premier bombardement, le 5 février 1994, a ainsi donné lieu à un rapport de la FORPRONU qui affirmait l'impossibilité de déterminer l'origine du tir[38]. Le second bombardement, du 28 août 1995, a fait l'objet de davantage de tensions au sein de la FORPRONU, qui sont plus précisément rapportées au procès. Il fut d'abord rapidement imputé aux forces serbes dans la mesure où cette imputation contribuait ponctuellement à justifier l'intervention de l'OTAN qui mettra fin au siège. Cette première imputation fut ultérieurement nuancée, ce qui est ainsi rapporté dans le jugement : « David Harland a affirmé que, sur son conseil, le général Smith avait déclaré dans un communiqué de presse que l'enquête ne permettait pas d'établir qui avait tiré l'obus. Il savait alors que le tir provenait du territoire contrôlé par le SRK (forces serbes) mais, comme il avait prévu de demander à l'OTAN des frappes aériennes, il a décidé de faire cette déclaration afin de ne pas alerter les Serbes de Bosnie et de gagner du temps pour évacuer le personnel de l'ONU en poste sur leur territoire »[39]. Entre temps, des éléments russes de la FORPRONU produisaient un contre-rapport favorable aux forces serbes. Ces épisodes témoignent à l'envi de l'utilisation stratégique des rapports d'atrocité ; ils montrent aussi l'évolution de la position internationale.

Finalement, on le voit, le sens du siège et sa rationalité tactique ne sont pas éludés dans les jugements. Mais la nature du récit porté par l'accusation, fait nécessairement surgir, dans le procès pénal, des récits concurrents, ceux de la défense, qui parviennent à convaincre certains juges. Parce que l'accusation est centrée sur la question de l'attaque illicite, non justifiée par un objectif militaire, c'est essentiellement sur ce terrain que se place la défense. Elle propose plusieurs contre-récits.

---

[37] Alain Joxe évoque la « stratégie étonnante de la FORPRONU qui fut de placer les casques bleus eux-mêmes en position d'otages, encerclés mais neutres, négociant leur propre ravitaillement en même temps que celui des assiégés et s'offrant notamment aux Serbes de Pale comme un moyen de chantage supplémentaire permanent sur l'opinion internationale », Joxe, « Sarajevo : retour à la guerre de siège », 121.

[38] Jugement Galic, para. 449.

[39] Jugement Dragomir Milosevic, para. 707.

Dans celui qui domine, les attaques sont justifiées par les nécessités militaires et visaient toujours des cibles militaires[40]. Les pertes civiles apparaissent alors comme les conséquences d'une « guerre urbaine », dommages collatéraux aggravés par le comportement des forces bosniaques qui se seraient volontairement abstenues des mesures de précaution prescrites par l'article 58 du premier protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1958[41]. La terreur née dans la population civile est la conséquence naturelle de la situation conflictuelle. Dans l'affaire *Galic*, ce contre-récit s'accompagne d'une justification du combat à Sarajevo : il fut légitimement mené pour diviser la ville, afin de protéger les droits historiques des Serbes, en réaction à la déclaration d'indépendance créant un Etat Musulman mono-ethnique. Les attaques menées par les forces serbes auraient eu pour objet de maintenir derrière les lignes de front les soldats bosniaques, le plus souvent protégés par leurs tranchées, quatre fois supérieurs en nombre aux forces serbes, et dont l'assaut aurait signifié la défaite. La défense dénonce aussi la puissance d'une campagne médiatique qui aurait été falsifiée pour nuire aux Serbes. Ce contre-récit de la guerre urbaine a convaincu le juge Nieto-Navia siégeant dans l'affaire *Galic*. Il conteste les conclusions majoritaires sur certains tirs isolés et le bombardement du marché de Markale le 5 février 1994. Puis, se basant essentiellement sur le nombre relativement limité de victimes (5093 blessés et 1399 civils tués « pour une ville de 340 000 habitants qui était l'épicentre d'un conflit qui a duré 23 mois »), il estime qu'il est impossible de reconnaître une campagne de tirs délibérés sur les civils[42]. Selon lui la « difficulté de mener une guerre en milieu urbain » n'a pas été suffisamment prise en compte ; et de conclure, reprenant les termes d'un représentant de l'ONU en poste à Sarajevo pendant le conflit, « la présence massive de militaires au sein de la population civile faisait de cette guerre, 'pour un soldat, le pire des cauchemars' »[43].

Un autre récit, moins clairement avancé dans les déclarations liminaires des avocats de la défense, insiste sur le rôle des forces bosniaques qui auraient volontairement attaqué la population de Sarajevo. Dans l'affaire *Galic*, il est suggéré

---

[40] Déclarations liminaires de la défense : affaire *Galic*, audience du 7 octobre 2002 ; affaire *Milosevic*, audience du 24 mai 2007.

[41] Selon cet article 58, « Précautions contre les effets des attaques » : « Dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible, les Parties au conflit : a) s'efforceront, sans préjudice de l'article 49 de la IVe Convention, d'éloigner du voisinage des objectifs militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité ; b) éviteront de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées ; c) prendront les autres précautions nécessaires pour protéger contre les dangers résultant des opérations militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité ».

[42] Jugement Galic, opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Nieto-Navia, para. 106.

[43] *Ibid.*, para. 122.

que le bombardement de la population civile aurait pu avoir pour objectif, dans un « nombre infime d'attaques » « d'attirer les sympathies de la communauté internationale »[44]. Quoique globalement réfutée par les juges, c'est bien la figure d'une stratégie cachée qui point, une sorte d'accusation paradoxale désormais récurrente. Cette accusation paradoxale est ici très limitée et naît de l'incertitude de certains observateurs[45], mais – dans d'autres cas – elle peut être soutenue par des organes officiels[46]. Dans l'affaire *Dragomir Milosevic*, les témoignages rapportés par les juges sont moins ambigus et la source de l'accusation est plus précisément avancée : à l'époque l'allégation est commune, rapportent les témoins, du côté serbe[47]. Dès lors, pour les juges : « les éléments de preuve présentés confirment tout au plus que des rumeurs circulaient, principalement au sein du SRK, selon lesquelles l'ABiH aurait bombardé des civils en deçà des lignes de front et mis en scène des bombardements pour s'attirer la sympathie de la communauté internationale »[48]. Rumeurs ou propagande pendant le siège, moyen de défense au procès.

Finalement, la spécificité de la guerre de « purification ethnique » n'apparaît, dans les jugements relatifs à Sarajevo, que dans l'évocation du sens du siège, laquelle se fonde sur l'image plus large qu'en ont les observateurs internationaux. Le siège de Sarajevo est perçu par eux comme un moyen de pression sur le gouvernement bosniaque et les Etats tiers, visant à obtenir un accord entérinant la division ethnique de la Bosnie-Herzégovine. Ce retour à la guerre de « purification ethnique » – indirect – est parfois prolongé par des éléments épars, essentiellement dans l'affaire *Galic* concernant la première période du siège. On y voit les Serbes de Bosnie élaborer le projet de « diviser ou raser » Sarajevo[49], un certain commandant Indic ordonner des attaques en « croix de fer », figurant la croix orthodoxe, sur les quartiers civils de Sarajevo[50] et affirmer qu'il s'agit de « soumettre ses habitants (de la ville) à une guerre d'usure jusqu'à ce qu'ils

---

[44] Jugement Galic, para. 589.

[45] *Ibid.* : « Souvent, le personnel militaire international, les habitants des quartiers de Sarajevo tenus par [l'armée bosniaque], ou des visiteurs, ont eu du mal à déterminer avec certitude la source des tirs sur les civils ». Dans le même temps, les juges relèvent le discours récurrent du général Galic, attribuant, face à ses interlocuteurs de l'ONU, les attaques à l'adversaire : « Le général Galic accusait le camp adverse de commettre pareils actes pour s'assurer le soutien et s'attirer les sympathies de la communauté internationale », Jugement Galic, para. 680.

[46] On songe, parmi d'autres, au regrettable épisode de l'ordonnance du juge Bruguière accusant les rebelles Tutsi d'avoir provoqué le génocide au Rwanda.

[47] Jugement Dragomir Milosevic, paras. 238, et 436-437. Pour Rupert Smith, « personne n'a jamais rapporté la preuve » que des tireurs embusqués [de l'armée bosniaque] prenaient pour cibles leurs compatriotes, para. 243.

[48] Jugement Dragomir Milosevic, para. 795.

[49] Jugement Galic, para. 726.

[50] *Ibid.*, para. 693.

se rendent, abandonnent la partie ou rentrent en Turquie »[51]. Quant au général Galic, il affirme à ses interlocuteurs internationaux, à l'occasion de leurs protestations face à l'attaque des civils, que son action vise à « défendre la patrie serbe et à préserver la culture »[52], ou encore à « sécuriser la région pour ses petits enfants », qu'il s'agit de « détruire la ville ou de la débarrasser de ses Musulmans »[53].

Aussi le lien entre le siège de Sarajevo et l'objectif ultime des forces assiégeantes ne surgit qu'incidemment, ce qui conforte l'impression qui se dégage par ailleurs de la jurisprudence du TPIY où le projet nationaliste serbe – et son discours – n'ont jamais été véritablement analysés (ce qui a permis, sans doute, d'écarter bien souvent des poursuites pour génocide). Ici, la guerre de siège n'a pas été sanctionnée comme un prolongement de la guerre ethnique. Et pourtant… la division de la Bosnie et de Sarajevo par l'accord de Dayton a finalement consacré les acquis territoriaux et idéologiques de la « purification ethnique », ainsi que le remarque d'ailleurs avec une certaine ironie la défense du général Galic, pour justifier rétrospectivement son action[54].

Dans le système « légendaire » du nettoyage ethnique[55], où le siège tient une part impensée judiciairement, il est probablement peu supportable que la défense de la ville ait pu être assurée par un général serbe. Contrairement à ses craintes, ce n'est pas dans la Republika Srpska d'aujourd'hui qu'a été arrêté le général Divjak, mais en Autriche, le 3 mars 2011, sur la base d'un mandat d'arrêt émis par les autorités de l'Etat de Serbie. L'accusation se rapporte toujours à son rôle dans la défense de la ville : il s'agit ici du « meurtre » de soldats de l'ancienne armée fédérale (JNA) retenant le président bosniaque Izetbegovic, le 3 mai 1992, rue Dobrovoljacka. Le général fut d'abord libéré sous caution – il est significatif que les fonds aient été réunis à l'appel de la mairie de Sarajevo[56] – avant que le tribunal autrichien ne refuse l'extradition en invoquant la crainte d'un procès inéquitable et les assurances données par le TPIY. Pendant sa période autrichienne, le général Divjak fit un lien entre son arrestation et celle du général Mladic : « C'est oeil pour oeil, dent pour dent. Ils ont livré Mladic et, maintenant ils veulent la monnaie de leur pièce, moi ». De retour à Sarajevo, il déclara que sa libération représentait « une défaite pour ceux qui voulaient mettre sur un

---

[51] *Ibid.*, para. 728.

[52] *Ibid.*, para. 678.

[53] *Ibid.*, para. 727.

[54] Déclaration liminaire de la défense le 7 octobre 2002, compte-rendu d'audience, 13194.

[55] Joxe, « Sarajevo : retour à la guerre de siège », 117 : le nettoyage ethnique est un « objectif géopolitique légendaire » affirmant des « postulats situés dans une histoire mythique ». Parmi ceux-ci : « la terre de Serbie, c'est partout où un mort serbe a vécu et est enterré », « il s'ensuit que si les non-Serbes s'opposent à l'extension de la Serbie comme pouvoir d'Etat à l'ensemble des terres serbes, il faut les chasser ou les éliminer – et non pas les soumettre. La prédation de la terre vidée devient l'enjeu ».

[56] A. Garapon, F. Hartmann & E. Wallon, « L'affaire Divjak et l'avenir de la paix en Bosnie-Herzégovine », *Esprit*, août-sept. 2011.

pied d'égalité les criminels qui ont agressé notre pays et les combattants qui l'ont défendu »[57]. Pourtant, ce moment pénal de la vie du général Divjak illustre bien une autre forme d'encerclement consistant, aujourd'hui, dans la menace de poursuites diligentées par les assiégeants d'hier.

[57] « Vienne libère Divjak, le héros du siège de Sarajevo », *Le Figaro*, 1er août 2011.

CHAPITRE QUARANTE-ET-UN

DROIT « FLOU », DROIT « DOUX » OU DROIT « MOU » ? BRÈVES RÉFLECTIONS SUR LA « TEXTURE » DES MESURES CONSERVATOIRES ET DES CONSTATATIONS DANS LES PROCÉDURES INDIVIDUELLES DEVANT LE COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Ottavio Quirico*

"Wenn A ist, so soll B sein"
Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934)

« Si A est, B doit être » : telle serait la nature de la norme d'après la formulation cartésienne proposée par Hans Kelsen[1]. Dès lors, il n'y aurait pas d'obligation (règle primaire) en l'absence d'une sanction en cas de violation (norme secondaire), tant il est vrai que tout système juridique pourrait se résumer en un ensemble de règles secondaires[2]. C'est ce que le Professeur Weil définit comme le « droit dur »[3]. En revanche, d'après un courant de pensée plus nuancé, qui dénonce l'« abîme vertigineux » creusé par Kelsen entre l'être et le devoir-être et dont le plus célèbre représentant est sans doute Michel Virally, les obligations juridiques pourraient exister en elles-mêmes, même en l'absence de sanctions[4]. Une doctrine récente parle, à ce propos, de droit « mou », qui constituerait, avec les catégories du droit « doux », c'est-à-dire sans obligation, et du droit « flou », c'est-à-dire imprécis, le droit « souple »[5].

* Lecturer, School of Law, University of New England, New South Wales, Australia.

1 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre (Théorie pure du droit)*, 2e éd., Wien, Deuticke, 1960, trad. fr. C. Leben, 1962, 106.

2 Voir H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen (Théorie générale des normes)*, Wien, Manz Werlag, 1979, trad. fr. O. Beaud & F. Malkani, 1996, 189.

3 Voir P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international ?», *Revue Générale de Droit International Public*, 86(1), 1982, 8-9.

4 Cf. M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960 (réédité en 1998 aux éditions du Panthéon-Assas avec une préface de P.-M. Dupuy et Ch. Leben) ; M. Virally, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 60(1), 1983, 246 ; Ch. Leben, « Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public », *Droits*, 5, 1987, 124 ; L. Cavare, « Les sanctions dans le cadre de l'ONU », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 80, 1952, 197-198.

5 Voir C. Thibierge, « Le droit souple (Réflexion sur les textures du droit) », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 102(4), 2003, 599ss.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), qui date de 1966 et est entré en vigueur en 1976, n'établit pas seulement un catalogue de droits fondamentaux, mais prévoit aussi des procédures pour en assurer le respect en cas de violation, notamment par le biais du Comité des droits de l'homme (CDH)[6]. En effet, tout Etat partie peut communiquer au Comité une violation substantielle en vertu de l'article 41 du Pacte. En outre, les individus ont la faculté de soumettre une violation à l'attention du Comité par le biais de la procédure établie en vertu du Premier protocole additionnel (PA), lui même adopté en 1966 et entré en vigueur en 1976[7].

Le déroulement des procédures individuelles devant le CDH est parmi les plus simples que le droit international ait mis en place, du moins en théorie. Il peut être résumé en quatre étapes. D'abord, tout individu peut présenter une « communication » au Comité, après épuisement des voies de recours internes, afin de susciter son attention à l'égard de la violation d'un droit reconnu par le Pacte (Article 2 PA). Deuxièmement, l'Etat accusé de la violation réagit en présentant des « explications » ou « déclarations » éclaircissant la question et indiquant d'éventuelles mesures en vue de remédier à la situation (Article 4 PA). Troisièmement, le Comité examine la communication reçue et soumet des « constatations » à l'Etat intéressé (Article 5 PA). Finalement, le Comité inclut un résumé des ces activités dans le rapport annuel qu'il soumet à l'Assemblée générale des Nations Unies (Article 6 PA). Lorsque, au cours de la procédure, un Etat prend, ou menace de prendre, une décision susceptible de provoquer un « préjudice irréparable », le Comité peut l'« informer » de « ses vues » sur l'« opportunité de prendre des mesures provisoires » (Article 92 du Règlement intérieur du Comité).

Malgré cette apparente simplicité, les procédures individuelles devant le CDH ne cessent de soulever des interrogations. Notamment, il est très difficile d'établir exactement la valeur des mesures adoptées par le Comité, soit à la fin du procès, soit *ad interim* pendant le déroulement du procès[8]. Dans le présent article on essayera de dissiper quelques doutes par une analyse essentielle de la terminologie réglementaire, ainsi que de la pratique et des observations générales adoptées par le Comité. On suivra une approche temporelle *a contrario*, en partant des constatations finales, pour aborder ensuite les mesures provisoires, ne serait-ce que parce que ces dernières peuvent être comprises dans leur plénitude seulement dans l'optique de leur subordination à l'issue de la procédure. On en tirera, finalement, quelques observations conclusives sur la question de savoir qui, entre Kelsen et Virally, a fourni le modèle d'analyse le plus proche de la réalité dans le cas d'espèce.

---

[6] Voir le texte du Pacte disponible à l'adresse suivante : http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm.

[7] Voir le texte du Protocole à l'adresse suivante : http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr-one.htm.

[8] Cf. L. Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies – Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 400ss.

1. Les « Constatations »

L'Article 5(4) PA prévoit que « le Comité fait part de ses constatations à l'Etat partie intéressé et au particulier ». Il s'agit donc d'établir dans quelle mesure les « constatations » peuvent avoir un effet contraignant par l'analyse des normes qui régissent la procédure et de la pratique du Comité (1.1) ainsi que de ses observations générales (1.2).

1.1. *Les normes et la pratique*

Du point de vue normatif, le langage employé par le PA nous dit assez clairement que la portée des « constations » adoptées par le CDH à l'origine n'était pas envisagée comme contraignante[9]. En effet, l'Article 5 prévoit que « le Comité *fait part de ses constatations* à l'Etat partie intéressé et au particulier »[10].

Tout d'abord, le mot « constatation » a une valeur essentiellement déclaratoire. Il nous dit que le Comité effectue une « vérification » des violations du Pacte, mais n'adopte aucune « décision » contraignante. Nul doute ne peut subsister sur ce point, vu que les textes anglais et espagnol vont dans le même sens et utilisent respectivement les mots « *views* » et « *observaciones* »[11]. Ainsi, pour souligner la différence qui subsiste entre les décisions juridictionnelles et les constatations du Comité, la doctrine parle d'autorité de la « chose constatée » et non d'autorité de la « chose jugée »[12].

Néanmoins, la « chose constatée » implique, normalement, deux parties complémentaires, à savoir l'indication de la violation et la nécessité d'y mettre fin (1), ainsi que la réparation conséquente (2). Dès lors, on ne saurait affirmer le caractère purement déclaratoire des constatations, mais il faut quand même leur reconnaître une certaine valeur constitutive[13].

D'un point de vue strictement procédural, le Comité ne donne aucune injonction à l'Etat transgresseur, puisqu'il se limite à lui « faire part » de ses constations. Un tel langage est confirmé par le Règlement intérieur, qui prévoit que les

---

9 Voir F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, 605.

10 Nous soulignons.

11 Voir les textes anglais et espagnol du PA disponibles aux adresses suivantes : http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr-one.htm et http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm. La doctrine anglaise regrette l'emploi du mot faible « *views* » au lieu des termes plus forts tels que « *suggestions* » ou « *recommendations* », pourtant suggérés pendant les *travaux préparatoires* du PA (D. McGoldrick, *The Human Rights Committe : Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 150-151).

12 Cf. Sudre, *Droit européen*, 606.

13 Voir Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme*, 401 ; Sudre, *Droit européen*, 607.

constatations du Comité font l'objet d'une « communication » (Article 100(3))[14]. Dès lors, aucune différence ne subsiste entre la position du Comité envers l'Etat transgresseur et la victime, puisque le Comité « fait part » de ses constatations de la même façon aux deux parties.

De même, le langage employé pour décrire les actes qui précèdent les constatations révèle une approche non-contraignante de la procédure dans son ensemble. En effet, le particulier introduit la procédure par une « communication » (article 1 PA), mot assez neutre qui n'implique aucune plaidoirie ni demande[15]. De la même façon, l'Etat « intéressé » ne répond pas par une défense, mais se limite à fournir des « explications » et des « éclaircissements » (article 4 PA)[16]. A cet égard, la doctrine parle d'une analyse « objective » du fond des affaires[17]. En somme, le PA adopte une approche procédurale qu'on pourrait qualifier, dans une certaine mesure, de « douce ».

Malgré cette conception originelle, on ne peut estimer que les constations du Comité n'entrainent aucune conséquence pour l'Etat intéressé. En effet, d'après le libellé des constatations, le Comité souhaite recevoir de l'Etat intéressé des « renseignements sur les *mesures* prises pour *donner effet* à ses constatations »[18] dans un délai de 180 jours[19]. En outre, en vertu de l'Article 101 de son Règlement intérieur, le Comité désigne un Rapporteur « chargé du suivi des constatations ». Le Rapporteur doit « vérifier si les États parties ont pris des mesures pour *donner effet* »[20] aux constatations du Comité, essentiellement par le biais de communications écrites, de rencontres diplomatiques et la recommandation de mesures supplémentaires. Cette séquelle montre que les constatations du Comité sont pas dépourvues d'efficacité.

Finalement, on n'oubliera pas que le Comité fait un rapport annuel à l'Assemblée générale des Nations Unies (article 45 du Pacte), en y incluant le suivi ou non-suivi par les Etats intéressés des constatations (article 6 PA), et que ce rapport fait l'objet d'une distribution générale (article 64 du Règlement intérieur).

---

[14] Voir le texte du Règlement intérieur à l'adresse suivante: http://www2.ohchr.org/french/bodies/hrc/index.htm.

[15] Les textes anglais et espagnol utilisent, de façon identique, les mots « communication » et « comunicación ».

[16] Les textes anglais et espagnol traduisent ces mots respectivement par « *written explanations or statements clarifying the matter* » et « *explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto* ».

[17] Voir Y. Kerbrat, « Aspects de droit international général dans la pratique des comités établis au sein des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme (2006-2007) », *Annuaire Français de Droit International*, 53, 2007, 595.

[18] Nous soulignons.

[19] Voir sur ce point, Comité des Droits de l'Homme (CDH), *Observation générale no. 33, Les obligations des Etats parties en vertu du Protocol facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, UN Doc. CCPR/C/GC/33, 2009, para. 14.

[20] Nous soulignons.

Cette dernière mesure pourrait être regardée comme une sorte de « satisfaction » du point de vue de la victime, donc comme une sanction au sens des articles 34 et 37 du Projet de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité des Etats. Notamment, l'article 37(2) du Projet prévoit que « la satisfaction peut consister en une *reconnaissance de la violation* [...] ou *toute autre modalité appropriée* »[21]. Il s'agirait, plus particulièrement, d'une sorte de sanction « tertiaire », pour utiliser la classification proposée par le Professeur Riphagen[22], qui fait suite au comportement de l'Etat non-conforme aux constatations du Comité ; il ne s'agit pas, par contre, d'une sanction (« secondaire ») faisant directement suite à la violation d'un droit reconnu par le Pacte.

Il faut, donc, conclure qu'une sorte de « phase exécutoire » est mise en place à l'égard d'un Etat intéressé qui ne se conforme pas aux constatations du Comité. Dès lors, on relèvera qu'une tension existe entre le langage « doux » employé pour définir la procédure qui mène à l'adoption d'une communication et les actions qui suivent ladite communication.

En pratique, le Comité a tendance à donner de plus en plus d'efficacité aux « constatations »[23]. Tout d'abord, les actes conclusifs des procédures entamées par les individus portent parfois le titre de « constatation » et parfois de « décision »[24]. De façon explicite, dans l'affaire *Denzil Roberts c. Barbade*, où étaient allégées plusieurs violations de droits fondamentaux dans le cadre d'une condamnation à l'exécution d'un individu accusé de meurtre, le CDH a « décidé » qu'un « Etat est *tenu* de prendre des mesures appropriées pour donner un effet juridique aux constatations du Comité »[25].

Dans le cadre des indications concernant la nécessité de mettre fin à la violation, le Comité tend à donner des informations assez précises, bien que la mise en œuvre dépende finalement du droit interne. Par exemple, du point de vue la cessation de la conduite illicite, dans l'affaire *Nazarov c. Ouzbékistan* le CDH a signalé la nécessité de libérer une personne détenue en violation de l'article 3 du PIDCP[26], tandis que dans l'affaire *Ballantyne et al. c. Canada* le Comité a invité l'Etat intéressé à amender la législation Québécoise visant à interdire l'utilisation

---

[21] Nous soulignons.

[22] Voir W. Riphagen, *Quatrième rapport sur la responsabilité des États – Le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du Projet d'articles)*, UN doc. A/CN.4/366 et Add.1, *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1983, vol. II (1ère partie), 10, para. 49.

[23] Cf. Sudre, *Droit européen*, 606-607.

[24] Voir les « communications » / « décisions » du CDH à l'adresse suivante : http://tb.ohchr.org/default.aspx.

[25] CDH, *Denzil Roberts c. Barbade*, communication n° 504/1992, décision du 10/08/1994, para. 6.3 (nous soulignons).

[26] CDH, *Nazarov c. Ouzbékistan*, communication n° 911/2000, constatation du 19/08/2004, para. 8.

de l'anglais à des fins de publicité commerciale incompatible avec la liberté d'expression[27].

Du point de vue de la réparation, le Comité souligne souvent la nécessité de fournir une indemnisation, sans toutefois en fixer le montant, comme dans l'affaire *Shin c. République de Corée*, où il était question de la manipulation et destruction d'un tableau considéré dangereux pour la sécurité nationale de la République de Corée en violation de la liberté d'expression[28], ce qui n'a pas manqué ensuite de faire l'objet de critiques[29].

De toute façon, malgré cette pratique uniforme, en 1994 le Comité a écarté explicitement une initiative normative tendant à rendre contraignantes ses constatations, en raison de la prétendue impossibilité d'obtenir le support de la majorité qualifiée des deux tiers des Etats requise afin d'amender le PA[30].

1.2. *Les observations générales*

Des indications intéressantes sur la portée des constatations peuvent être repérées dans les Observations générales nos. 31 et 33, adoptées par le Comité respectivement en 2004 et en 2009[31].

D'une façon générale, dans son observation no. 33 le Comité observe que, bien que la fonction du Comité dans le cadre des procédures individuelles ne soit pas celle d'un organe judiciaire, les constatations présentent néanmoins « certaines caractéristiques principales d'une décision judiciaire »[32]. Notamment, du point de vue de la composition de l'organe, « l'impartialité et l'indépendance » des membres du Comité le rapprocheraient des institutions juridictionnelles. En outre, du point de vue du droit matériel et de ses actions, le Comité serait appelé à fournir

---

[27] CDH, *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, communications n° 359/1989 et 385/1989, constatation du 05/03/1993, paras. 11.4 et 13.

[28] CDH, *Shin c. République de Corée*, communication no. 926/2000, constatation du 19/03/2004, para. 9. Dans la même affaire, le Comité a invité l'Etat intéressé à la restitution d'un tableau exprimant une opinion politique qui avait été à l'origine d'une condamnation pénale en violation de la liberté d'expression. Voir aussi l'affaire CDH, *Svetik c. Bélarus*, communication no. 927/2000, constatation du 25/08/1994, para. 9.

[29] Voir M. Scheinin, *opinion individuelle*, en annexe de CDH, *Anthony McLeod c. Jamaique*, communication no. 734/1997, constatation du 03/06/1998, 8ss.

[30] La proposition visait à modifier l'article 5 PA afin de reconnaître que « les Etats parties au présent Protocole s'engagent à respecter/mettre en œuvre les constatations du Comité » (voir Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme*, 404).

[31] Voir le texte de l'observation générale no. 33 (UN doc. CCPR/C/GC/33, 2009) et de *l'observation générale no. 31*[*80*]*, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte*, UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, à l'adresse : http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm.

[32] CDH, *Observation générale no. 33*, para. 11. Le texte anglais mentionne les « *important characteristics of a judicial decision* » et le texte espagnol les « *principales características de una decisión judicial* ».

une « interprétation réfléchie du libellé du Pacte ». Finalement, les « décisions » du Comité auraient un caractère « déterminant ».

Cependant, si les considérations sur la composition du Comité ne sont pas contestables, celles qui concernent la nature des communications semblent plus problématiques. En effet, on peut se poser la question de savoir quelle interprétation du Pacte ne serait pas « réfléchie », vu que l'interprétation est une action visant à « donner un sens » à un contexte juridique déterminé[33]. La même question se pose par rapport aux versions anglaise et espagnole de l'observation no. 33, qui parlent, respectivement, de « *considered interpretation* » et de « *ponderada interpretación* ».

De plus, on peut se demander ce que le caractère « déterminant » de la « décision » veut dire. En effet, le mot « décision », au lieu de « communication », renvoie à l'idée d'une solution judiciaire « impérative » d'un contentieux[34]. Cependant, le Comité ne parle pas de « force exécutoire » ou d' « efficacité » de la décision, mais emploie l'adjectif « déterminant », qui semble se référer à une sorte de « droit doux ». Sur ce point, il ne peut y avoir aucun oubli ou erreur de la part du Comité, puisque les textes anglais et espagnol, qui mentionnent le « *determinative character of the decisions* » et le « *carácter determinante de las decisiones* », confirment le langage du texte français.

On retrouve donc, au niveau des observations générales, l'oscillation et la tension qui existent déjà entre droit « doux » et droit « dur » dans les règles et dans la pratique du Comité.

Toujours dans son observation no. 33, le CDH mentionne le « devoir [de l'Etat intéressé] de coopérer » avec le Comité en vertu du principe général requérant « d'agir de bonne foi », ce qui aiderait à « déterminer » le « caractère » des constatations du Comité[35]. Bien que la formulation de cette considération manque de clarté, on peut y déceler une approche en quelque sorte contraignante des suivis des constatations[36]. A ce propos, on remarquera que le texte anglais suit le texte français, en mentionnant le « *character of the views of the Committee* » déterminé par « *the obligation of States parties to act in good faith* » et le « *duty to cooperate* ». Par contre, le texte espagnol est plus explicite et il mentionne « *el carácter de los dictámenes* », qui émane des obligations de « *buena fe* » et de « *cooperar* ». En effet, le mot « *dictamen* », qui correspond au terme français « décision », est plus contraignant que celui de « observación ».

---

33 Voir *Lexagone.com – Interprétation*, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.lexagone.com/dico/dico.php?ref_dico=bienvenu&lettre=A.

34 Voir *Lexagone.com – Décision*.

35 CDH, *Observation générale no. 33*, para. 15.

36 Il semble que le Comité, par ce raisonnement, applique aux constatations l'interprétation qu'il donne, de façon plus explicite, aux mesures conservatoires (voir partie 2.2 ci-dessus).

Plus spécifiquement, le Comité considère, dans son observation no. 31, que « la *cessation d'une violation continue* est un élément essentiel du *droit* à un recours utile »[37], reconnu par l'article 3(2) du Pacte[38]. Dès lors, le Comité reconnaît, de façon explicite, que la cessation de la violation doit pouvoir faire l'objet d'une demande juridictionnelle en droit interne. De plus, si la cessation est reconnue comme un droit pour la victime, elle implique un devoir correspondant pour l'Etat intéressé. Il y a donc là une reconnaissance implicite de la nature obligatoire de la cessation de la conduite illicite, qui constitue une partie essentielle des constatations[39].

Dans la même ligne, le Comité affirme, dans son observation n. 31, que « l'*obligation* d'offrir un recours utile [...] n'est pas remplie » dans le cas où il ne serait pas « accordé de *réparation* aux personnes dont les droits reconnus par le Pacte ont été violés (*nous soulignons*) »[40]. Dès lors, même en ce qui concerne la réparation, qui constitue le second élément essentiel des constatations, le Comité reconnaît qu'elle doit faire l'objet d'une protection juridictionnelle. En outre, le CDH en affirme clairement la nature contraignante[41]. Dans le même sens, le Comité affirme que « le Pacte implique de manière générale *l'obligation d'accorder une réparation appropriée* (*nous soulignons*) »[42].

Finalement, le Comité semble reconnaître, du moins de façon indirecte, que tant la cessation de la violation que la réparation, c'est-à-dire le contenu des constatations, ont, en principe, une valeur contraignante.

2. Les mesures provisoires

En vertu de l'article 92 de son Règlement intérieur, le CDH « peut informer » l'Etat intéressé de « ses vues sur l'opportunité de prendre des mesures provisoires »

---

37 Nous soulignons.

38 CDH, *Observation générale no. 31*, para. 15.

39 Voir section 1.1 ci-dessus. Une telle approche est confirmée par les textes anglais et espagnol, qui mentionnent la cessation de la violation comme « *an essential element of the right to an effective remedy* » et « *un elemento indispensable del derecho a obtener un recurso efectivo* ». Le Comité semble appliquer implicitement aux constatations un raisonnement qu'il adopte de façon explicite en ce qui concerne les mesures provisoires (voir section 2.2 ci-après).

40 CDH, *Observation générale no. 31*, para. 16.

41 *Ibid*. Les textes anglais et espagnol vont dans le même sens. Le texte anglais prévoit que : « *Without reparation to individuals* [...] *the obligation to provide an effective remedy* [...] *is not discharged* ». Le texte espagnol précise que : « *si no se da reparación* [...] *queda sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos* ». Le Comité semble appliquer le même raisonnement aux mesures conservatoires (voir section 2.2 ci-après).

42 CDH, *Observation générale no. 31*, para. 16. Les textes anglais et espagnol semblent moins contraignants. En effet, le texte anglais prévoit que : « *the Covenant generally entails appropriate compensation* ». Le texte espagnol déclare que : « *en el Pacto se dispone por lo general la concesión de una indemnización apropiada* ».

pour éviter un « préjudice irréparable ». Dès lors, de façon spéculaire par rapport aux constatations, il est intéressant d'établir quelle est la portée des mesures conservatoires par l'analyse des normes qui régissent la procédure et de la pratique du Comité (2.1) ainsi que des ses observations générales (2.2).

2.1. *Les normes et la pratique*

Les mesures conservatoires, qui ne sont pas envisagées par le PA, sont prévues par le Règlement intérieur du Comité. Elles ont la fonction de garantir la réussite du procès et visent à préserver l'efficacité des constatations finales, bien qu'elles ne les influencent pas quant au fond. En effet, dans l'affaire *Mansaraj et al. c. Sierra Leone*, concernant le déni du droit de faire appel d'une condamnation à la peine de mort prononcée par un tribunal militaire et sa suspension, le CDH a explicitement reconnu qu'un Etat ne devrait pas rendre l'action du Comité « sans objet » et « l'expression de ses constatations sans valeur et de nul effet »[43]. Plus précisément, dans l'affaire *Stewart c. Canada*, où il était question de la suspension d'un arrêté d'expulsion prononcé en violation de l'article 12 du PIDCP, le Comité a affirmé que le « préjudice irréparable » doit être évalué à la lumière de « l'incapacité dans laquelle l'auteur [d'une communication] se trouverait de faire valablement valoir ses droits »[44].

La terminologie employée par le Règlement intérieur du Comité dit clairement que les mesures provisoires n'ont pas une valeur contraignante. En effet, d'après le Règlement le Comité se limite à « informer » l'Etat intéressé de « ses vues » quant à l'« opportunité » de prendre des mesures (Article 86).

Ce langage est confirmé par les textes anglais et espagnol du Règlement. Le texte anglais prévoit que le Comité « *may* […] *inform that State of its Views as to whether interim measures may be desirable to avoid irreparable damage* ». Le texte espagnol, de son côté, prévoit que le Comité « *podra* […] *informar a ese Estado* [*interesado*] *de si estima conveniente la adopción de medidas provisionales para evitar un daño irreparable* »[45].

A ce propos, on établira une distinction entre les indications du Comité, qui constituent en elles-mêmes une mesure provisoire, et les mesures provisoires adoptées par l'Etat en vertu des indications du Comité. En d'autres termes, il s'agit d'établir une distinction entre le plan international, qui met en relation le Comité et l'Etat intéressé, et le plan interne, qui met en relation l'Etat et l'individu. Ainsi, le fait pour l'Etat intéressé d'adopter ou de ne pas adopter des

---

[43] CDH, *Mansaraj et consorts, Tamba et consorts, Sesay et consorts c. Sierra Leone*, communications no. 839/1998, 840/1998 et 841/1998, constatation du 30/06/2001, para. 5.2.

[44] CDH, *Stewart c. Canada*, communication no. 538/1993, constatation du 16/12/1996, para. 7.

[45] Voir les textes anglais et espagnol du Règlement intérieur du Comité disponible à l'adresse : http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CCPR/C/3/Rev.7.

mesures provisoires entraîne conformité ou manque de conformité aux indications « provisoires » du CDH.

Dans la pratique, le Comité a fait recours aux mesures conservatoires surtout lorsque des individus ont été condamnés à la peine de mort en l'attente de l'exécution ou bien dans des cas d'extradition[46]. Bien que les Etats tendent à se conformer aux mesures indiquées par le Comité, quelques exceptions subsistent. Par exemple, récemment dans l'affaire *Tulyaganova c. Ouzbékistan* le CDH a pris note du grief de l'auteur, à propos de la violation par l'Etat partie d'une demande de suspension de la peine capitale prononcée à l'encontre de son fils[47].

En pratique, le Comité a affirmé maintes fois la portée obligatoire des mesures provisoires en adoptant des points de vue différents. L'affaire *Piandiong c. Philippines* est la plus importante en ce sens. Afin d'établir la nature contraignante des mesures provisoires, au cours de cette affaire le Comité a considéré que la violation d'une mesure provisoire visant la suspension de l'exécution de la peine mort représente un manquement à l'obligation de coopérer de bonne foi avec le CDH dans la procédure prévue par le PA, établie afin de lui donner les moyens d'examiner les communications individuelles et de faire part de ses constatations à l'Etat intéressé ainsi qu'au particulier. Le Comité a ainsi affirmé que :

> Pour un Etat partie l'adoption d'une mesure, quelle qu'elle soit, qui empêche le Comité de prendre connaissance d'une communication et d'en mener l'examen à bon fin, et l'empêche de faire part de ses constatations, est incompatible avec ces *obligations* [de coopérer] [...] L'adoption de mesures provisoires en application de l'article 86 [maintenant 92] du règlement intérieur conformément à l'article 39 du Pacte est essentielle au rôle confié au Comité en vertu du Protocole facultatif. Le non-respect de cet article, en particulier par une action irréparable comme l'exécution d'une victime présumée ou son expulsion, sape la protection des droits consacrés dans le Pacte assurée par le Protocole facultatif[48].

On remarquera que le Comité souligne que le fait de ne pas se conformer aux mesures conservatoires constitue une violation par l'Etat intéressé à la fois du Pacte et du PA.

De façon plus détaillée, dans l'affaire *Ashby c. Trinité-et-Tobago*, où un individu accusé de meurtre avait été exécuté malgré une demande de sursis du Comité, le CDH a constaté la violation d'une obligation découlant du Règlement intérieur, du PA et du Pacte[49]. Par contre, dans un sens plus restrictif, au cours de l'affaire *Weiss c. Autriche* le Comité a insisté notamment sur la violation du PA en raison

---

[46] Voir Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme*, 396.

[47] CDH, *Tulyaganova c. Ouzbékistan*, communication no. 1041/2002, constatation du 20/072007, para. 6.2.

[48] CDH, *Piandiong et al. c. Philippines*, paras. 5.1 et 5.4 (nous soulignons).

[49] CDH, *Ashby c. Trinité-et-Tobago*, communication no. 580/1994, constatation du 19/04/2002, paras. 4.5ss.

du déni d'un recours utile dans un cas d'extradition d'un individu condamné à la prison à perpétuité pour escroquerie, racket et blanchiment d'argent[50].

Du point de vue de la sanction, les remèdes dont dispose le Comité en cas de violation de l'obligation découlant des mesures provisoires sont assez limités. Cela est parfaitement illustré par l'affaire *Ashby*, dans lequel, par le biais d'une « décision publique », le Comité n'a pu qu'exprimer son « indignation » à l'égard de l'Etat de *Trinité-et-Tobago* pour ne pas avoir donné suivi à sa demande provisoire de sursis à exécution de la peine de mort[51]. Bien que cette réaction puisse être considérée comme une forme de satisfaction, et donc comme une sanction en vertu des articles 34 et 37 du Projet de la CDI sur la responsabilité des Etats, il est clair que son efficacité préventive est fort réduite.

2.2. *Les observations générales*

Tout comme pour les constatations, les Observations générales nos. 31 et 33 du Comité donnent des indications intéressantes sur la portée des mesures provisoires.

Dans son observation générale no. 33, le CDH a essentiellement confirmé l'interprétation contraignante des mesures conservatoires. Le Comité a, en effet, affirmé que l'inobservation des mesures provisoires est « incompatible avec l'obligation de *respecter de bonne foi la procédure* d'examen des communications individuelles établie par le *Protocole facultatif* »[52]. Dès lors, du point de vue du contenu le CDH a reproduit l'argumentation proposée dans l'affaire *Piandiong*. Par contre, du point de vue formel le Comité s'est plutôt inspiré de l'affaire *Weiss*, puisqu'il n'a invoqué qu'une violation du PA pour inobservance d'une mesure provisoire et n'a pas mentionné une possible violation du Pacte ou du Règlement intérieur[53].

Qui plus est, le CDH semble interpréter le langage adopté dans son Règlement intérieur dans le sens d'une dynamique contraignante. En effet, dans le même passage de l'observation n. 33 le Comité souligne qu'il a la faculté d'« ordonner » des mesures afin qu'un Etat « retire ou suspend » une décision susceptible de provoquer un préjudice grave et irréparable[54]. Il s'agit d'une terminologie plus

---

50 CDH, *Weiss c. Autriche*, communication no. 1086/2002, constatation du 15/05/2003, para. 11.

51 Décision du 26 juillet 1994 rappelée dans CDH, *Ashby c. Trinité-et-Tobago*, para. 3.4.

52 CDH, *Observation générale no. 33*, para. 19 (nous soulignons).

53 Une telle interprétation est confirmée par les textes anglais et espagnol de l'observation no. 33. Le texte anglais déclare que la non-adoption des mesures provisoires est « *incompatible with the obligation to respect in good faith the procedure of individual communication established under the Optional Protocol* ». Le texte espagnol prévoit que tout Etat qui n'adopte pas des mesures provisoires « *incumple la obligación de respetar de buena fe el procedimiento de las comunicaciones individuales establecido en el Protocolo Facultativo* ».

54 CDH, *Observation générale* no. 33, para. 19.

contraignante que le langage « doux » employé dans le Règlement, lequel se limite à prévoir l'« information » de l'Etat intéressé par le Comité en ce qui concerne ses « vues sur l'opportunité de prendre des mesures ». Une analyse rapide des textes anglais et espagnol correspondant confirme bien qu'il ne s'agit pas d'un lapsus mais d'une approche voulue. En effet, le texte anglais prévoit que des mesures conservatoires peuvent être « *decided by the Committee* ». De son côté, le texte espagnol mentionne la faculté qu'a le Comité de « *decidir* » l'adoption de mesures provisoires.

Finalement, dans son observation générale no. 31 le Comité souligne que l'adoption de mesures conservatoires fait partie du droit au recours utile reconnu par l'article 3(2) du Pacte[55]. Par là, le Comité semble conférer aux mesures en question un caractère juridictionnel, tout comme dans l'interprétation des constatations à la lumière du même article du Pacte[56]. Plus précisément, le CDH reconnaît que le droit au recours utile « oblige » l'Etat intéressé à « prévoir et appliquer » des mesures provisoires. Le Comité déduit donc logiquement du droit individuel au recours utile reconnu par l'article 3(2) du Pacte une obligation explicite pour l'Etat intéressé d'adopter des mesures provisoires, et non seulement une obligation implicite comme dans le cas des constatations[57]. De la même manière, le texte anglais déclare que le droit au recours utile « *may in certain circumstances require States Parties to provide for and implement provisional or interim measures* ». En outre, le texte espagnol prévoit que le droit au recours utile « *puede exigir que los Estados Parte adopten y apliquen medidas provisionales* ». On pourrait en conclure que le Comité s'exprime plus librement par rapport aux mesures provisoires puisqu'il n'est pas limité par le langage « doux » par lequel le PA définit les constatations.

De plus, le Comité a reconnu que l'adoption des mesures conservatoires a, parmi d'autres finalités, celle de « tenter de réparer au plus vite » tout préjudice causé par une violation[58]. Dès lors, tout comme dans le cas des constatations[59], le Comité affirme explicitement que l'obligation d'adopter une mesure provisoire fait partie intégrante du devoir de fournir réparation. Il s'agit d'une approche univoque, puisque le texte anglais dit que l'obligation d'adopter des mesures provisoires est finalisée par l' « *endeavour to repair at the earliest possible opportunity any harm* » causé par le non-respect du Pacte. Le texte espagnol prévoit, quant à lui, que l'obligation d'adopter des mesures provisoires sert à « *reparar cuanto antes cualquier daño* » provoqué par une violation du Pacte.

---

55 CDH, *Observation générale no. 31*, para. 19.
56 Voir section 1.2 ci-dessus.
57 CDH, *Observation générale no. 31*, para. 19.
58 CDH, *Observation générale no. 31*, para. 19.
59 Voir section 1.2 ci-dessus.

3. Conclusion

A l'issue de cette brève analyse des règles, de la pratique et des observations générales du CDH, on peut conclure que les « constatations » n'ont pas de force contraignante, bien que le Comité tende à leur conférer de plus en plus d'efficacité. Par contre, les mesures provisoires ont une valeur contraignante selon l'interprétation du Comité. Ainsi, il se peut que le langage « doux » du PA ait empêché le Comité de développer par rapport aux constatations la même créativité qu'il exerce à l'égard des mesures provisoires. Cette analyse est valide du point de vue des règles primaires, c'est-à-dire en ce qui concerne les obligations en elles-mêmes (A). En ce qui concerne les règles secondaires (B), on peut conclure que la sanction prévue tant en cas de non-respect des constatations qu'en cas de non-respect des mesures conservatoires, si elle existe, est celle de la satisfaction. Dès lors, le Comité n'a pas à sa disposition d'instruments effectifs de réaction lorsqu'un Etat ne suit pas de ses indications.

Du point de vue doctrinal, la détermination de la texture tant des mesures provisoires que des constatations semble un rébus difficile à résoudre. Dans une certaine mesure, les deux actes relèvent du droit « flou », du moins sur le plan international, vu que la détermination du contenu est laissée finalement à l'Etat intéressé en droit interne. Ultérieurement, les constatations semblent relever, au premier abord, du droit « doux » au niveau de la règle primaire. Pourtant, si on considérait qu'elles sont sanctionnées par le biais de la satisfaction, on pourrait être en présence du droit pur et dur, bien qu'inefficace. Pas contre, les mesures conservatoires relèvent au moins du droit « mou ». En outre, si on estimait qu'elles sont sanctionnées par le biais de la satisfaction, on se retrouverait ici aussi en présence du droit au sens complet du mot, en dépit des réserves quant à son efficacité. Plus simplement, en se référant au point de vue de Virally, on parviendra à la conclusion que seules les mesures conservatoires ont une portée obligatoire ; par contre, en s'alignant sur la pensée de Kelsen, on estimera que ni les mesures conservatoires ni les constatations n'ont un caractère véritablement contraignant.

PARTIE IV

LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT

PART IV

INTERNATIONAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT

CHAPTER FORTY-TWO

SCIENCE AND INTERNATIONAL LITIGATION

Philippe Sands QC*

International courts and tribunals are increasingly faced with arguments concerning factual matters that require scientific or technical expertise. How should judges go about the task of assessing the merits of competing scientific arguments? How should such arguments be addressed in the courts? These are questions I first came across in a case in which I had the privilege and pleasure of first working with Pierre-Marie Dupuy, the *Gabčíkovo-Nagymaros* dispute before the International Court of Justice (ICJ). Coming from distinct legal cultures, Pierre and I may have come to the issues with differing perspectives, but I have found myself to be influenced by the quality of his insights and the forensic approach to advocacy that informs his style.

In this chapter, I explore the relationship between science and law, by reference to three cases related to the protection of water quality and related matters. They indicate different ways in which issues of a scientific and technical character may be addressed before the courts, including the ICJ. These three cases (of which one has only recently been decided)[1] shed light on a number of important questions, and indicate a way forward on matters that all lawyers will necessarily find to be challenging. How do we go about preparing a case that deals with complex issues before the judges of international courts and tribunals, having regard to the fact that they too are informed by distinct legal and cultural traditions? By

* Professor of Law, University College London; Barrister, Matrix Chambers. This chapter is a revised version of the UKELA Garner Lecture delivered on 2 December 2009 in London. Having served as counsel in the three cases discussed, it is to be stressed that any views expressed are personal to the author. I would also like to express my warm thanks to Andrea Mackielo and Rémi Reichhold, my research assistants at UCL, for their characteristically excellent support.

[1] ICJ, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, ICJ Reports 2010.

way of conclusion, the chapter identifies a number of lessons to be drawn from recent experience in three cases.

1. *R v. Secretary of State for the Environment ex parte Kingston Upon Hull City Council* (1996)[2]

This first case, although set in the domestic context and raising issues of European Community law, touches on the presentation of scientific evidence in a case involving allegations of harm to water. The case concerned the UK government's implementation of the EC Directive on urban waste-water treatment.[3] The Directive sets out minimum standards of waste-water treatment depending on two factors, the size of the agglomeration from which the discharges originated, measured in 'population equivalent' (p.e.) and the nature of the body of water into which the discharge is deposited. Article 4(1) of the Directive establishes a general requirement for the secondary treatment of urban waste-water in order to protect the quality of the receiving environment, but is subject to an exception set out in Article 6(2):

> Urban waste water discharges from agglomerations of between 10000 and 150000 p.e. to coastal waters and those from agglomerations of between 2000 and 10000 p.e. to estuaries situated in areas described in paragraph 1 may be subjected to treatment less stringent than that prescribed in Article 4 providing that:
>
> – such discharges receive at least primary treatment as defined in Article 2(7) in conformity with the control procedures laid down in Annex I D,
> – comprehensive studies indicate that such discharges will not adversely affect the environment.

The city of Kingston upon Hull is located on the Humber Estuary, a body of water that has been so referred to since around 1704. The British Government took the view that subjecting the discharges of Hull to secondary treatment would not improve the quality of the receiving waters in any material way, and that the £90 million or so of capital construction costs were better spent on other efforts. This view also happened to coincide with that of the company that ran a local water plant, and which faced the prospect of a significant capital investment bill.

Relying on Article 6(2) of the Directive, the UK Secretary of State for the Environment adopted an expedient decision: he decided to redesignate a large part of the Humber Estuary as 'coastal waters' thereby avoiding the requirement for

---

[2] *R v. Secretary of State for the Environment ex parte Kingston Upon Hull City Council, R v Secretary of State for the Environment ex parte Bristol City Council and another*, Queen's Bench Division (Crown Office List), reported in *Journal of Environmental Law*, 8, 1996, 336–353.

[3] Council Directive 91/271/EEC of 21 May 1991 concerning urban waste-water treatment, OJ L 135, 30 May 1991, at 40–52.

secondary treatment. Hull is a city of more than 10'000 p.e., but less than 150'000 p.e., so the only way to allow primary treatment was to reclassify the areas seaward of the Humber bridge—into which discharges would be made—as 'coastal waters'. The municipality of Kingston Upon Hull was unhappy with this course of action, and decided to bring a legal challenge (by way of judicial review) against the UK Secretary of State for the Environment, to attack the redesignation by reference to the domestic implementation of the Directive.

It must be recognised that the Directive did not provide a great deal of assistance in defining the term "estuary". Article 2(12) of the Directive described it merely as "the transitional area at the mouth of a river between freshwater and coastal waters". It did not refer to issues of salinity, topography or the dispersal function of an estuary, and appears to leave considerable discretion to Member States in determining for themselves what are and are not estuarine waters.

In preparing the legal challenge, the lawyers examined the Directive and definitions. They retained the services of Professor John Pethick of the Cambridge University Coastal Research Unit. He was instructed to provide a scientific perspective on how best to address this issue in order for the lawyers to be able to formulate legal arguments. He applied a scientific approach to the issue, introducing elements that the lawyers had not focused on. Professor Pethick's independent expert report catalyzed thinking on the *nature* of an estuary and, in particular, on the dispersal function of estuarine waters. This dispersal function of estuaries that was, from his scientific perspective, the essence of the distinction between 'coastal waters' on the one hand and freshwaters (or river waters) on the other hand.

The UK Government pointed to "the circularity of the definitions in Article 2(12) and (13) in that an estuary is determined by reference to 'coastal waters' which, in turn, are identified by reference to the 'outer limit of an estuary'".[4] It argued that the definitions in the Directive should be taken as they were, namely that no specific criteria were provided by the Directive to ascertain the outer limit of an estuary. Consequently the only constraint on the definition of an estuary was that it must be "a transitional area at the mouth of a river between fresh water and coastal waters".[5] This argument proposed that the Directive left a wide discretion to Member States to determine for themselves the outer limit of an estuary, including by reference to cost implications, provided that two requirements were met: the delimitation must result in three zones of water (fresh water, estuarine water and coastal water), and such delimitation should be consistent with the purpose of the Directive to protect the environment from the adverse effects of waste-water discharges.

---

[4] *R v. Secretary of State for the Environment ex parte Kingston Upon Hull City Council, R v Secretary of State for the Environment ex parte Bristol City Council and another*, at 342.

[5] *Ibid.*

Mr. Justice Harrison rejected this argument. Acknowledging that there was an absence of specific criteria in the Directive, he held that if salinity or topographical features were to be used as criterion, the Directive would have expressly stated so. There was a discretion, he ruled, but it was not unfettered. The characteristics to be taken into account varied, but there had to be a genuine and rational assessment in each case of what actually constitutes an estuary having regard to all relevant circumstances, the characteristics of the area of water in question and in light of the purpose of the Directive. On his view, economic considerations could be taken into account, but they could not be the sole determining factor. The judgment makes clear that the scientific approach articulated by Professor Pethick played a significant role in the judge's reasoning. At its heart, the judgment states that "[t]he reason why the Directive distinguishes between estuaries and coastal waters is, no doubt, because an estuary is less able than coastal waters to assimilate the discharge of waste waters into it".[6] The introduction of scientific considerations plainly affects outcome.

2. The Case Concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (1997)[7]

Let us turn now to the international context. International courts differ from domestic courts. More judges sit on the bench, representing a range of different backgrounds. They will have different approaches to issues of evidence, as well as the testing of witnesses and experts. In general, international courts were not established with the expectation that they would have to address disputed facts requiring complex technical or scientific determinations. Dense rules relating to the production and use of evidence were not anticipated. The rules on evidence before the ICJ are broad, and the Court has wide powers to make orders relevant to the taking of evidence and may also require that the parties produce evidence in relation to particular issues of interest.[8] The Court also has *ex officio* powers, may order a visit *in loco*,[9] and may appoint third parties to carry out enquiries or hear witnesses or experts.[10] A great deal of flexibility is built into the rules of the Court in order to accommodate the various approaches that any given judge may be accustomed to. Over time a certain practise has developed, reflecting a certain caution on the part of the Court to get deeply involved in the examination

---

[6] *Ibid*., 344.

[7] ICJ, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports, 1997.

[8] Arts. 48 and 49 of the ICJ Statute and Art. 62 of the Rules of the Court.

[9] This power was exercised in the *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment, ICJ Reports 1949, 18.

[10] Art. 50 of the ICJ Statute and Arts. 62(2) and 67 of the Rules of the Court.

or cross-examination of witnesses and experts:[11] scientists often appear before the court as advocates. Scientists are retained by both sides in a particular dispute and address the bench like counsel. This avoids the need to spend time on lengthy questioning of witnesses and experts, but the downside is that the evidence and expertise is not tested. An early example is the *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*.[12]

The case concerned the River Danube, the dispute arising in relation to a 1977 treaty between Hungary and Czechoslovakia providing for the construction and joint operation of the Gabčíkovo-Nagymaros hydroelectric barrage system.[13] At this upstream point, the River Danube is a shared boundary river, so that one state is unable to undertake any major barrage works without the support of the other state. Accordingly, an international agreement was needed for the project to go ahead. The river also has particular characteristics: the Danube is a very large river but one that has a somewhat gentle downstream slope, which means that the water flows slowly and consistently, making its utility for generating electricity more limited. The 1977 treaty provided for two barrages, an upstream barrage (Gabčíkovo) and a downstream barrage (Nagymaros), constructed and operated so the flow of water would be stopped or diminished for most of the day, storing the water and then opening the barrages during times of peak electricity demand to allow huge volumes of water to flow through over short periods of time. The effect is to generate large volumes of electricity at times when demand is highest. That is the economic case. The environmental case points in a different direction.

In the late 1980's, while the project was still under construction, Hungarian citizens raised environmental concerns. With political changes, the barrage project was one of the first things to be attacked by the new Hungarian government. In 1989, Hungary suspended work on the downstream part which was entirely within its own territory. Shortly after they also suspended work on the upstream part. Czechoslovakia then split into two countries, so Hungary's dispute with Czechoslovakia became a dispute with Slovakia. In 1992, Hungary purported to terminate the 1977 treaty. In response, the Slovakian government decided to embark upon a provisional solution known as 'Variant C', a smaller-scale project

---

[11] This was not always the case: in its first case, the *Corfu Channel Case*, the ICJ, during the merits phase, heard witnesses over a total of twenty days, from 22 November to 14 December 1948 and there was extensive examination and cross-examination, see: ICJ, *Corfu Channel Case, Minutes of the Sittings held from November 9th to April 9th, 1949*, Oral Proceedings, CR 1949/1, available at: www.icj-cij.org.

[12] ICJ, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*.

[13] Treaty Between the Hungarian People's Republic and the Czechoslovak Socialist Republic Concerning the Construction and Operation of the Gabčíkovo-Nagymaros System of Locks, 1978 UNTS 236, signed at Budapest on 16 Sept. 1977 (entry into force: 30 June 1978).

operating solely on Slovak territory, which provided for the unilateral diversion of the shared Danube onto Slovak territory, before reconnecting the waters to the boundary river.

In 1993, by Special Agreement the parties submitted the dispute to the ICJ, asking three questions: was Hungary entitled to abandon works on the project; was Slovakia entitled to proceed with Variant C; and what were the legal effects were of Hungary's notification of termination of the 1977 Treaty.[14] The case raised issues of environmental pollution. Hungary argued a "state of ecological necessity",[15] claiming that the Gabčíkovo-Nagymaros system carried ecological risks which it considered to be unacceptable. These included the danger of cutting off the flow of the water into the side arms of the Danube which, it was said, would have an adverse impact on biodiversity. Hungary also argued that storing large volumes of water at the barrages would cause pollutants to settle at the bottom of the riverbed and potentially pollute the groundwater, posing a threat to drinking water quality. Hungary also raised the risk of eutrophication of surface waters, the reduction of water flow in the Danube itself, and the negative impact on the biodiversity of fluvial fauna and flora.

In the preparation of this case there were three rounds of simultaneous filings: memorial, counter-memorial and reply. The case was extensively pleaded, with over 10,000 pages of written arguments submitted to the Court, of which more than 75 per cent were scientific in nature. How are judges to test such expert evidence in hearings that will take place over a period of only three weeks, during which the Court generally sits for only three hours in the morning. A week of oral arguments boils down to some 13 hours, and there is no examination or cross-examination of the experts: they appear before the judges and make submissions as to scientific arguments and are treated as scientific counsel. It is noteworthy that in cases such as this, where environmental concerns may lie at the heart of the dispute, the Court has, thus far at last, declined to avail itself of the power set out in Article 50 of the ICJ Statute to retain its own scientific experts.[16]

In its judgment the Court first addressed the question of the existence of a "state of ecological necessity". The Court held that it had "no difficulty in acknowledging that the concerns expressed by Hungary for its natural environment in the region affected by the Gabčíkovo-Nagymaros Project related to an 'essential interest' of that State".[17] However, it did not consider that the existence of a "peril" had

---

[14] *Special Agreement Between the Republic of Hungary and the Slovak republic for Submission to the International Court of Justice of the Differences Between Them Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project*, jointly notified to the Court on 2 July 1993.

[15] ICJ, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary. v. Slovakia)*, para. 40.

[16] This is explored in more detail below in the context of the *Pulp Mills Dispute (Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010).

[17] ICJ, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary. v. Slovakia)*, para. 53.

been established, notwithstanding the "serious uncertainties" raised by Hungary as to the ecological impact of putting in place the Gabčíkovo-Nagymaros barrage system.[18] The Court also found that the environmental dangers could not be said to be "imminent" as they were long-term in nature and uncertain.[19] As a result the Court concluded that Hungary's ecological concerns over the project were not sufficient to justify the suspension of works in 1989 on the basis of necessity.

In response to Slovakia's arguments that it was entitled to proceed with Variant C, the Court determined that Hungary, by suspending works and invoking ecological concerns, had not forfeited its basic right to an equitable and reasonable sharing of its resources.[20] As a result Slovakia had committed an internationally wrongful act by putting Variant C into operation. In an attempt to justify its termination of the 1977 Treaty, Hungary raised a number of other arguments as to the impossibility to perform the obligations enshrined in the treaty; the occurrence of a fundamental change of circumstances; the material breach of the treaty by Slovakia by implementing Variant C as well as the development of new norms of international environmental law. The Court dismissed all of these arguments on the ground that Hungary's purported notification of termination of the 1977 Treaty did not have the legal effect of terminating it. However, the Court pointed out that newly developed norms of environmental law were relevant for the implementation of the treaty and that the treaty itself made provision for their incorporation through various provisions

> requiring the parties, in carrying out their obligations to ensure that the quality of the water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration when agreeing upon the means to be specified in the Joint Contractual Plan.[21]

The Court recognised that both parties had agreed on the need to take environmental concerns seriously and to take the required precautionary measures but fundamentally disagreed over the consequences this had for the joint project.[22] However, the Court did not provide a resolution, instead recommending that "third-party involvement may be helpful and instrumental in finding a solution, provided each of the parties is flexible in its position".[23] Nor did the Court rule on the future conduct of the parties in respect of the project. The ICJ constrained itself to note that it was of "cardinal importance" that the 1977 Treaty was still in force and continued to govern the relationship between the parties, and considered that decisions on the future implementation of the Gabčíkovo-Nagymaros

---

[18] *Ibid*., para. 54.
[19] *Ibid.*, paras. 56–57.
[20] *Ibid*., para. 78.
[21] *Ibid*., para. 112.
[22] *Ibid*., para. 113.
[23] *Ibid.*

project were, first and foremost, for the parties themselves.[24] The Court also added that the parties should take into account the concept of "sustainable development", remarking that for the purposes of the present case that meant that the Parties should look afresh at the effects of the operation of the project on the environment. In particular the parties had to find a satisfactory solution for the volume of water to be released into the Danube and the side-arms on both sides of the river.[25]

A significant feature of the case is the apparent lack of impact of the huge volume of scientific evidence put forward by both parties. After four years of arguments, thousands of pages of written pleadings, at least 20 scientists on both sides and countless hours preparing scientific arguments, what did the ICJ have to say on the subject of the scientific evidence? Rather little:

> Both Parties have placed on record an impressive amount of scientific material aimed at reinforcing their respective arguments. The Court has given most careful attention to this material, in which the Parties have developed their opposing views as to the ecological consequences of the Project. It concludes, however, that, as will be shown below, it is not necessary in order to respond to the questions put to it in the Special Agreement for it to determine which of those points of view is scientifically better founded.[26]

The Court side-stepped the scientific and environmental complexities, and a number of lessons are implicit, although not fully articulated in the judgment. This suggests certain lessons to be drawn. Firstly, the early involvement of able and expert scientists is vitally important in preparing a case, both on its merits and strategically, but may not be decisive. Secondly, the choice of scientist will be informed by the fact that expertise is not tested but is presented as advocacy. Thirdly, arguments about environmental effects may resonate more strongly where it can be demonstrated that the impact on the water is going to have a demonstrable effect on human lives: courts tends to be anthropocentric, not ecocentric.

In the end, the Court cut the cake down the middle, giving a judgment that seemed to point to the continued operation of the upstream barrage but not requiring the construction of the second, that Hungary had abandoned. At the very least, the case raises questions as to the capacity of an international court to engage actively with two sets of well-put but competing scientific arguments.

---

[24] *Ibid.*, paras. 132–137.
[25] *Ibid.*, para. 140.
[26] *Ibid.*, para. 54.

3. Case Concerning *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*[27]

A third case concerns the recent dispute between Argentina and Uruguay over the construction and operation of two pulp mills. Uruguay had decided to build two pulp mills using eucalyptus as the source of wood for the production of pulp. The two planned mills were to be located near the town of Fray Bentos on the banks of the River Uruguay, which is the boundary river between the two countries. These were to be two of the largest pulp mills in the world, modern, efficient and state-of-the-art. Argentina disagreed and took the view that this was not an appropriate location, due to the proximity to an Argentine beach resort and because of the impact on the quality of the receiving waters and on the biological diversity of the area in question.

In this area the River Uruguay is governed by the 1975 River Uruguay Statute, a bilateral treaty entered into by Argentina and Uruguay.[28] Argentina claimed that Uruguay had violated procedural obligations enshrined in the Statute relating to notification, conduct of an environmental impact assessment and the disclosing of information to Argentina (as set out in Articles 7–12 of the Statute). Although these provisions formed a large part the dispute, they are not directly pertinent to issues of scientific evidence addressed in this lecture. The part of the Statute most relevant to this discussion concerns Articles 36, 40 and 41. Article 36 directs the parties to "co-ordinate, through the [River] Commission, the necessary measures to avoid any change in the ecological balance and to control pests and other harmful factors in the river and the areas affected by it". Article 41 obliges the parties *inter alia* to "protect and preserve the aquatic environment and, in particular, to prevent its pollution". Article 40 sets out the classical definition of pollution: "the direct or indirect introduction by man into the aquatic environment of substances or energy which have harmful effects". Argentina claimed that the authorization of the mills violated Articles 36 and 41 and went to the ICJ.[29] In July 2006 the Court rejected an application for interim relief, on the ground that Argentina had failed to demonstrate that during the construction phase there was going to be imminent harm to the river such as to meet the requirement of urgency.[30] In September 2006 one of the pulp mills (supported by ENCE, a Spanish company) was abandoned.

Uruguay argued that the river could assimilate the expected pollutants. Argentina invoked scientific evidence pointed to a different conclusion. A further factor

---

[27] ICJ, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*.

[28] *Statute of the River Uruguay*, 1982 UNTS 340, signed at Salto on 26 Feb. 1975.

[29] *Application Instituting Proceedings* filed in the Registry of the Court on 4 May 2006, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, available at: www.icj-cij.org.

[30] ICJ, *Case Concerning Pulp Mills on the river Uruguay (Argentina v. Uruguay), Request for the Indication of Provisional Measures*, Order of 13 July 2006.

was that an international organization—the International Finance Corporation (IFC)—was involved in the financing of the project. The scientists retained independently by the IFC reported that although initially there had been certain concerns, these were resolved, so that the project posed no significant or material long-term environmental threat to the river.

As with the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, the ICJ was faced with a situation of competing scientific arguments. These related to the existing level of pollution in the river as well as the existing state of biodiversity in the river, fish life, plant life and the volume and content of the discharges *vis-à-vis* the receiving capacity of the body of water. The key issue was whether the river could cope with the discharges from the Botnia plant, taking into account the fact that the flow of the river varies seasonally.

Throughout the hearing it was readily apparent that the judges were keenly interested in the scientific and technical issues. Unlike the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, a decade earlier, questions were asked of the parties on some of the more complex technical issues.

The Court posed two questions, and both were of interest. The first was substantive and came from the German judge Bruno Simma. It was a complex question and the fact that it was asked was noteworthy because it indicated that the Court was grappling with technical issues.[31]

The second question, equally important, was one of procedure, and related to the issue of the use of experts. The Court has rules on the production of evidence and the use of experts, and although it may appoint its own experts to assist it on complex technical issues, it has not done so. Nor has it generally been willing to conduct hearings over lengthy periods, which would be required to examine, re-examine and cross-examine expert testimony on substantive scientific and technical issues. The practice has been that scientific and technical experts present their findings as individuals serving as a member of the delegation making submissions. Against this background, Judge Bennouna asked:

> When the Parties refer to an "independent expert" to whom they have had recourse, what do they understand by this term? In particular, in the context of the case before the Court, is it possible for an expert commissioned by one or other of the Parties to be considered as an independent expert?[32]

---

[31] Judge Simma's question was: "1. Would it be technically (I repeat: technically) possible to convert the technology used in the Fray Bentos mill from the Elemental chlorine free to the Total chlorine free technology? 2. (a) From a technical and environmental viewpoint, would it be possible, and would it make sense, to add facilities for tertiary treatment to the wastewater treatment plant of the Botnia mill, or would the carbon emissions involved in the production of the energy necessary for such tertiary treatment undo the advantages of adding this third stage?", CR 2009/15, at 68 (Simma).

[32] CR 2009/17, at para. 59 (Bennouna).

This question was significant given that one of the parties (Uruguay) could rely on expertise retained by the IFC. Uruguay argued that a state party that retains its own expert deprives that individual of its independent expertise for the purposes of the authority, weight and effectiveness of the submissions that are made, and that such evidence should be treated with caution.[33] Argentina put forward a contrary argument, namely that the Court had treated experts retained and assisted by states as independent. Argentina distinguished between experts who were, for example, employees of the state and who might be expert but could not be characterized as independent, and individuals who were not employees of the state but rather employed by other entities such as universities and who could not be directed or controlled by the party that had retained their services.[34]

Inherent in Judge Bennouna's question is a recognition of the real difficulties of articulating complex scientific and factual issues to a Court in the context of an international dispute mechanism that was not designed to deal with the resolution of these kinds of complexities. In the context of issues like climate change, sea-level rise, loss of biodiversity or fisheries, there is an expectation that international courts and tribunals might somehow be able to resolve complex disputes by reference to some means of balancing out good and bad scientific arguments. Yet international courts and tribunals have limited resources (in human and financial terms), and they have infrequently addressed issues of this kind of complexity.

The Court delivered its judgment on 20 April 2010. It ruled that Uruguay had breached its procedural obligations under the 1975 River Statute,[35] but had not violated substantive obligations concerning the optimum and rational utilization of the River, changes in the ecological balance and the prevention of pollution.[36]

The Court's conclusions on the presentation and assessment of evidence and expertise, including by scientists, is significant.[37] The Court has indicated a change of direction, opening the door to the examination and cross-examination of witnesses and experts, with all that implies for the conduct and duration of hearings. A range of views have also been expressed on the possibilities for the Court to retain its own expertise.

As in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, the Court noted that that "[b]oth Argentina and Uruguay have placed before the Court a vast amount of factual and scientific material in support of their respective claims".[38] Referring to the question posed by Judge Bennouna during the oral hearings, the Court recognised the

---

[33] CR 2009/19. at paras. 33–44 (Reichler).
[34] CR 2009/21, at paras. 22–27 (Sands).
[35] ICJ, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, see paras. 67–158.
[36] *Ibid*., paras. 169–266.
[37] *Ibid.*, para. 159.
[38] *Ibid.*, para. 165.

disagreements between the Parties.[39] Whereas the raw data provided by each Party was often consistent, there were differences as to how they interpreted the data.[40] The Court then indicated a rejection of its prior approach:

> The Court has given most careful attention to the material submitted to it by the Parties [. . .] Regarding those experts who appeared before it as counsel at the hearings, the Court would have found it more useful had they been presented by the Parties as expert witnesses under Articles 57 and 64 of the Rules of Court, instead of being included as counsel in their respective delegations. The Court indeed considers that those persons who provide evidence before the Court based on their scientific or technical knowledge and on their personal experience should testify before the Court as experts, witnesses or in some cases in both capacities, rather than counsel, so that they may be submitted to questioning by the other party as well as by the Court.[41]

The ICJ also went a step further than it had in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case and identified its central role in considering the relevance and value of the scientific evidence submitted by the parties in order to determine whether Uruguay had breached the substantive provisions under the River Statute.

> As for the independence of such experts, the Court does not find it necessary in order to adjudicate the present case to enter into a general discussion on the relative merits, reliability and authority of the documents and studies prepared by the experts and consultants of the Parties. It needs only be mindful of the fact that, despite the volume and complexity of the factual information submitted to it, it is the responsibility of the Court, after having given careful consideration to all the evidence placed before it by the Parties, to determine which facts must be considered relevant, to assess their probative value, and to draw conclusions from them as appropriate. Thus, in keeping with its practice, the Court will make its own determination of the facts, on the basis of the evidence presented to it, and then it will apply the relevant rules of international law to those facts which it has found to have existed.[42]

It is apparent from these passages that the Court is signaling a desire to engage in a different manner with the assessment of evidence and expertise, including by the testing of individuals in Court. This is a welcome development, and is referred to by a number of the judges in separate and dissenting opinions.

In his Separate Opinion, by way of example, Judge Greenwood expresses support for a change of approach, noting that experts and witnesses owe duties to the Court under the Rules of the ICJ that differ to the duties owed by persons acting as counsel.[43] In his view, which is persuasive with, the ICJ's traditional practice of experts appearing as counsel blurs the "distinction between evidence and advocacy".[44] In his view, such practice could be unfair to the other party to

---

[39] *Ibid.*, para. 166.
[40] *Ibid.*, para. 166.
[41] *Ibid.*, para. 167.
[42] *Ibid.*, para. 168.
[43] Separate Opinion of Judge Greenwood, para. 27.
[44] *Ibid.*

a dispute, although in the Pulp Mills case "any unfairness was mitigated by the fact that both Parties engaged in the same practice".[45] It might be mentioned, however, that both parties in the case did no more than what the Court has traditionally allowed, and the Court's registry encouraged. If the parties are to adopt a different approach, then clear guidance is needed from the Court. The basis for this has been offered in the Pulp Mills judgment, and it is to be hoped that the Court might now elaborate clear guidance. One option might be to make use of the Practise Directions to detail the Court's expectations on the examination and cross-examination of experts, having regard to limitations on time. From the perspective of the parties, it would also be useful if the Court might indicate well in advance of the hearings the issue or issues on which it might welcome an opportunity to hear from and test expert evidence, if only to avoid time being wasted by the parties on issues that are of no interest to the Court. A more hands on approach, actively engaged in the conduct of the proceedings, would require the Court to form a view in advance of the oral hearings of what those issues might be.

This implies a change in the internal deliberative process. However, the approach could draw upon the experience of other international courts and tribunals, including arbitrations, that have grappled with the need to establish new approaches to the efficient administration of proceedings. If the Court is feeling particularly bold, it might even seek to move beyond traditional examination and cross-examination of the parties' experts, and devote a part of the hearings to a session held in conference during which both parties' experts could sit together and engage in a dialogue under questioning from the Court and counsel with a view to teasing out points of convergence and difference. This has been used in arbitral procedures, for example under ICSID Rules, bringing efficiencies of time and great effectiveness, and allowing the adjudicators to control the process.

A related issue addressed by some judges in the *Pulp Mills* case is the possibility that the Court could appoint its own expert, under Article 50 of the Statute, a procedure that seems to have been utilized in only two cases.[46] Article 50 provides: "The Court may, at any time, entrust any individual, body, bureau, commission, or other organization that it may select, with the task of carrying out an enquiry or giving an expert opinion."

In a Separate Opinion, Judge Keith expressed the view that in the *Pulp Mills* case the resolution of the scientific and technical matters was "relatively straightforward", so that the appointment of an expert under the Article 50 procedure would not have been of any real assistance to Court: it would only have added to

[45] *Ibid*., para. 28.

[46] The ICJ made orders under Article 50 in the *Corfu Channel Case*, and in the *Gulf of Maine Case (Canada v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 1984, 246.

the huge volume of data already presented by the Parties.[47] That seems to have been the view of a decent majority of the judges, although some expressed different views, including that the Court should have made use of the procedure under Article 50 of the ICJ Statute.[48]

In his Dissenting Opinion Judge *ad hoc* Vinuesa stated that the Court "could and should have called for an expert opinion to assess the scientific and factual evidence presented by the Parties", and that Article 50 was "conceived precisely for cases like the present one".[49] Judge Cançado Trindade thought the Court should have obtained "further evidence *motu proprio* [...] (e.g. by means of in loco fact-finding)", although he recognised that the impact on the conclusions "would be to a large extent conjectural".[50] Although with the majority, Judge Yusuf expressed concerns about "the manner in which the Court decided to handle the abundant factual material presented by the Parties". He considered that Court was not in a position to adequately compare, for example, the hydrodynamic data regarding the flow of the river, because each of the parties collected their data "from monitoring at different stations, at different depths, and on different dates".[51] The point is a fair one. Article 50 mechanism would have enabled the Court to deal with only one set of scientific data, rather than try to evaluate the relative merits, relevancy, accuracy and probative value of two sets of conflicting evidence. Judge Yusuf rightly points out that recourse to Court-appointed expertise does not deprive the Court of its judicial function, since "it always remains the ultimate responsibility of the judge to decide on the relevance and significance of those facts to the adjudication of the dispute".[52]

Judge Yusuf also makes the point that in a scientifically complex dispute like the *Pulp Mills* case, the credibility of the Court may be undermined by the failure to appoint its own experts, and this could discourage states from bringing fact-intensive cases of scientific complexity before the Court. This is a pertinent point, not least since a state that is considering taking a case will sometimes have options as between two or more potential fora, and its often the claimant state that will seek active engage with factual and scientific matters.

In a robust Joint Dissenting Opinion, Judges Al-Khasawneh and Simma set out a strong critique of the Court's approach, which they consider to be methodologically flawed. The Court "has not followed the path it ought to have pursued with regard to disputed scientific facts", they state, and "has not done what would have been necessary in order to arrive at a basis for the application of the law

---

[47] Separate Opinion of Judge Keith, para. 11.
[48] See: Joint dissenting opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma; Dissenting opinion of Judge *ad hoc* Vinuesa; Declaration of Judge Yusuf, all available at: www.icj-cij.org.
[49] Dissenting opinion of Judge *ad hoc* Vinuesa, para. 95.
[50] Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 151.
[51] Declaration of Judge Yusuf, para. 3.
[52] *Ibid*., para. 12.

to the facts as scientifically certain as is possible in a judicial proceeding".[53] On their view the deficiency undermines the judgment, since the Court "is not in a position adequately to assess and weigh complex scientific evidence of the type presented by the Parties", and that the assistance of experts was needed to assess complex and competing scientific claims on a range of issues, such as "whether two or three-dimensional modelling is the best or even appropriate practice in evaluating the hydrodynamics of a river", or "the effects of the breakdown of nonylphenolethoxylates", or "the possible chain of causation which can lead to an algal bloom". On their view, "the task of a court of justice is not to give a scientific assessment of what has happened, but to evaluate the claims of parties before it and whether such claims are sufficiently well-founded so as to constitute evidence of a breach of a legal obligation".[54]

How then should a Court obtain that additional assistance? As Judges Al-Khasawneh and Simma note, one option is to call upon the Parties to produce more evidence or explanations, or for their experts to be examined by the Parties and the bench, under the control of the President.[55] It is not immediately apparent, however, that this would advance the Court a great deal where competing views are put with more or less equal authority, and the scientific or technical arguments are finely balanced. They conclude that the "more compelling alternative" is the appointment by the Court of one or more experts under Article 50.

I express no view as to whether the Article 50 procedure should have been used in this case. What is welcome is that the Court's judges are turning their minds to these important issues. This can but reassure states that are thinking about bringing cases of this kind to the Court, or that may already have such cases in the pipeline before the Court. States will also want to know, however, the conditions under which the Article 50 procedure might be utilized. Judges Al-Khasawneh and Simma consider that "it would not be sufficient if the Court, in disputes with a complex scientific component, were to continue having recourse to internal "experts fantômes", as appears to have been the case, *inter alia*, in certain boundary or maritime delimitation cases".[56] They refer to the view of the Court's Registrar that experts retained by the Court have the status of temporary Registry staff members, bound by an oath of confidentiality, whose "conclusions would never be made public".[57] Judges Al-Khasawneh and Simma speak powerfully against the use of "invisible" experts, arguing for "transparency, openness, procedural fairness", so that the Parties can assist the Court in understanding the evidence before it."[58]

---

[53] Joint dissenting opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, para. 2.
[54] *Ibid*., para. 4.
[55] *Ibid*., para. 7.
[56] *Ibid*., para. 14.
[57] *Ibid*.
[58] *Ibid*.

From the perspective of counsel that view is unimpeachable. It raises serious concerns that matters of such potential significance to an international court or tribunal should be addressed by reliance upon the view of one or more experts without first ascertaining the views of the parties. The parties may disagree about the nature of the expertise to be sought, or upon the merits or independence of a particular candidate, or the manner in which the expert went about her or his business. At the end of the day it will be for the court to decide, but having heard the views of the parties will protect the integrity of the process and the outcome and contribute to the sound administration of justice.

The route of prior consultation with the parties is tried and tested. In the maritime boundary dispute between Guyana and Suriname, an arbitral tribunal acting under Annex VII of the 1982 Convention on the Law of the Sea decided to engage a hydrographer. In accordance with the Rules of Procedure, the tribunal consulted with the parties on the expert's terms of reference and on the identity of the expert. Following his appointment, the expert hydrographer made a site visit, accompanied by representatives of the parties, and prepared a report following a site visit on which the parties were invited to comment. The expert sat with the tribunal during the hearing, was able to ask questions of the parties, and was asked questions by the parties. The process was open and transparent and worked well in the eyes of both parties.[59] In this way it contributed to the integrity of the process and the authority of the award. The alternative approach is eminently unattractive.

4. Conclusions

A number of broader conclusions may be drawn from these three cases.

A first point is that international cases are rarely won or lost on legal argument alone. The facts and scientific and technical issues, including the manner in which expert evidence is presented, are closely connected to outcome.

A second point is that practise suggests that environmental resources will rarely be seen by international judges as being worthy of protection as such. Technical and scientific arguments are more likely to resonate and be effective if it can be shown that their protection will have a discernible benefit for human well-being. The reality is that international courts are anthropocentric.

A third conclusion is that international judges find themselves in understandable difficulty in grappling with the complexities of scientific arguments. Counsel may have had years to get up to speed on the scientific issues, whereas the judges

[59] Permanent Court of Arbitration (PCA), *Guyana v. Suriname*, Arbitral Award, 17 Sept. 2007, paras. 108 and 394 and Appendix; see also Procedural Order No. 6, appointing Mr. David H. Gray, 27 Nov. 2006; Corrected Report on Site Visit, by Mr. David H. Gray, 30 July 2007.

will have had a much shorter period of time, and will often have been presented with impressive but contradictory expert arguments. This necessarily means that in presenting material of a scientific and technical nature it is appropriate to 'keep arguments simple and focused'. Avoid unnecessary complexity.

This introduces a fourth conclusion: from the point of view of counsel, it is vital to get to grips with the scientific and technical issues at a very early stage in the proceedings, and if possible before the litigation is initiated. Scientists and technical experts need to be available early on to assist the lawyers in understanding the technical or scientific issues. It is usually beneficial to make a site visit to the location of the dispute.

Fifthly, it is important for a party to retain a team of experts that is balanced, involving locals and outsiders, nationals and non-nationals, to ensure credibility and authority with the judges. Expertise is needed from individuals who are familiar with the resources under threat, so that utilizing 'outsiders' alone risks missing the possibility of local expertise being brought to bear. With the ICJ's apparent new approach, indicating the increased questioning of experts by way of examination and cross-examination, the choice of experts becomes all the more important.

Sixthly, to the extent that scientific presentations are made by counsel, they should be kept short and succinct. Beyond thirty minutes the judges' attention begins to wane. The type of presentation is also significant: a court-room is not a university lecture theatre, and it is usually best to avoid a long series of slides and PowerPoint presentations. There is a limit to how much technical material can be digested.

A seventh and final conclusion is that in preparing scientific presentations it is vitally important to understand the DNA and practice of the international court or tribunal. Just as every body of water is different, each court or tribunal is different, with differing capacities for dealing with the technical issues. Arbitration is different from proceedings before the ICJ, which is in turn different from ITLOS.

These conclusions come at a time of change, requiring a shift in expectations as to the way in which international courts and tribunals, such as the ICJ, will adjudicate on scientific and technical issues of a certain complexity. In the *Pulp Mills* case, the debate amongst the Court's judges as to the proper way for parties to present scientific and technical expertise, as well as the expression of differences as to the appointment by the Court of its' own experts, is a significant development: as the number and range of international disputes over natural resources increases, it becomes ever more important to refine clear standards and practices for the presentation, testing and assessment of matters of scientific and technical expertise.

CHAPITRE QUARANTE-TROIS

LE CONSTITUTIONNALISME « VERT », MUCH ADO ABOUT NOTHING ?

Laurence Burgorgue-Larsen*

1. Introduction

1.1. *Du droit international aux droits constitutionnels, l'environnement est omniprésent dans le corpus juris contemporain*

Cette omniprésence textuelle marque pour beaucoup l'avènement d'une « conscience écologique ». Des textes de *soft law* – dont la Déclaration de Rio est l'emblème[1] – en passant par la puissance du droit contraignant, à l'échelle internationale – à travers les traités de protection des droits[2], les grandes conventions internationales spécialisées[3] et la jurisprudence de la Cour internationale de

* Professeur de droit public à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Paris I), Institut de Recherche en droit international et européen de la Sorbonne.

[1] La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée en juin 1992 par les Chefs d'État et de gouvernement réunis au Sommet de la Terre, s'ouvre par un principe premier affirmant que « Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature ».

[2] La Charte africaine des droits et devoirs de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 fut pionnière en la matière. Son article 24 se lit ainsi : « Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement ». L'article 11 du Protocole de San Salvador du 17 novembre 1988 à la Convention américaine des droits de l'homme emboitait le pas à la Charte africaine : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement sain et et de bénéficier des équipements publics essentiels ». Plus tard, on sait que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée solennellement le 9 décembre 2000 y a également fait référence (art. 37). Elle est aujourd'hui contraignante et élevée au rang de droit primaire de l'Union européenne (art. 6(1) Traité sur l'Union Européenne (TUE)).

[3] Ainsi de la Convention d'Aarhus de 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement qui rattache les droits procéduraux au droit fondamental à l'environnement dans le Préambule en énonçant que : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement propre à

justice (CIJ)[4] – comme à l'échelle interne, avec le bourgeonnement environnemental révélateur d'un constitutionnalisme « vert », le fait environnemental a été l'objet d'une internationalisation et d'une constitutionnalisation sans précédent. Le professeur Pierre-Marie Dupuy ne fut pas insensible à cette donne ; mieux, il s'en empara avec dextérité pour en faire l'objet d'étude de son doctorat à travers l'analyse de la mise en cause de la responsabilité des Etats[5]. Il n'a eu de cesse, par la suite, de signer de multiples contributions sur la « chose » environnementale[6], ce qui l'amena tout naturellement à être partie prenante au procès international[7] qui conduisit à la célèbre affaire *Gabcikovo-Nagymaros* où le « concept » de développement durable fit son apparition dans la jurisprudence de la CIJ[8].

Qu'il me soit permis de rendre hommage au professeur Pierre-Marie Dupuy – grand internationaliste qui a participé au rayonnement de la pensée juridique française au-delà de l'Hexagone – en optant pour une ballade constitutionnelle de droit comparé ; une sorte de voyage écologique en somme. Cette incursion comparatiste confirmera à l'envi que le droit international et les droit(s) interne(s) sont irrémédiablement interconnectés en se complétant habilement, même si tout n'est pas encore parfait dans ce monde juridique marqué par la conscience verte.

---

assurer sa santé et son bien-être ». Son article 1 impose aux Etats de : « protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être ».

[4] La Cour internationale de Justice (CIJ) mentionnait en 1997 dans son célèbre arrêt rendu dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* l'existence d'un « concept » de développement durable, montrant ainsi qu'elle n'était pas indifférente au concept développé dans le cadre onusien, dont on sait qu'il a investi jusqu'aux pratiques des institutions spécialisées de la « famille des Nations-Unies », telle la Banque Mondiale, voir M.A. Bekhechi & J.-R. Mercier, *The Legal and regulatory framework for Environmental Impact Assessments*, Washington, The World Bank (Law, Justice and Development Series), 2002 ; M. Bothe, *La politique de l'environnement : de la réglementation aux instruments économiques*, Centre d'études et de recherches de droit international et de relations internationales, Académie de droit international de la Haye, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

[5] Sa thèse était publiée en 1976, P-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976.

[6] *Ad ex.*, P.-M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *Revue Générale de Droit International Public*, 101(4), 1997, 873–903 ; « Le droit à l'eau, un droit international ? », *European University Institute Working paper law*, 6, 2006.

[7] Il fut le conseil de la Hongrie.

[8] CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, CIJ Recueil 1997.

1.2. *Le constitutionnalisme « vert » bien que réel est protéiforme*

Il est réel, car en dépit de quelques exceptions[9], les textes constitutionnels contemporains n'échappent pas à la consécration symbolique de l'importance de vivre dans un environnement sain et à la valorisation existentielle de l'impératif du « développement durable ». Si certaines constitutions « anciennes » ont été modifiées pour intégrer la donne – ainsi en Europe de l'Allemagne et de la Belgique en 1994, de la Finlande en 1999 ou encore de la Grèce en 2001 ; en Afrique, du Cameroun et du Ghana en 1996 et du Burkina-Faso en 1997[10] ; en Amérique latine, du Mexique en 1999 – les constitutions plus récentes ont toutes logiquement inséré des références à l'environnement, marque de la fameuse « prise de conscience écologique » impossible à ignorer. Ainsi, des constitutions des pays de l'Est et des pays baltes (Pologne, Hongrie, Slovaquie, Estonie, Lituanie, Lettonie), mais également des constitutions africaines (à l'instar du texte sud-africain de 1996 (article 24) et latino-américaines (comme les constitutions colombienne de 1991, péruvienne de 1993, paraguayenne de 1994, argentine de 1994, équatorienne de 2008 et bolivienne de 2009).

Il est protéiforme car la « constitutionnalisation » a pris des allures extrêmement variées qui s'expliquent notamment par le décalage temporel existant entre d'un côté les modifications et l'adoption de nouvelles constitutions et de l'autre l'évolution de la nature des préoccupations environnementales. Ainsi, s'il est tantôt fait mention à l'environnement dans le préambule, tantôt dans le corps de la constitution, la variété affecte également les formulations retenues – allant du plus général vers le plus concret – comme les titulaires et/ou les destinataires du droit à l'environnement. Egrenons un instant la variété des formules utilisées par certains constituants. Il a été décidé de façon délicieusement arbitraire de s'attarder sur le continent latino-américain[11]. Le droit à un environnement « sain » et « écologiquement équilibré » est une formule qui remporte la palme de l'intérêt

---

[9] En Afrique par exemple. En dépit de modifications constitutionnelles récentes, il n'a pas été jugé opportun en Algérie (1996), au Burundi, en Centrafrique, aux Comores, à Djibouti (1992), en Guinée Bissau (1996), en Guinée équatoriale (1991), à l'Ile Maurice (1996), au Kenya (1992), au Maroc, en Mauritanie (1991), en Namibie (1990), au Rwanda (1991), au Sénégal, en Sierra Leone (1996), en Tunisie (1997), au Zimbabwe (1998) d'insérer des références à l'environnement. Pour une somme impressionnante, on se reportera au bel ouvrage de M. Kamto, *Le droit de l'environnement en Afrique*, Paris, Edicef, 1996.

[10] Le principal fondement de la protection juridique de l'environnement se trouve dans la Constitution du 11 juin 1991 dont le Préambule affirme la prise de conscience du Peuple Burkinabè « de la nécessité absolue de protéger l'environnement ». Son article 29 dispose que « Le droit à un environnement sain est reconnu ; la protection, la défense et la promotion de l'environnement sont un devoir pour tous ».

[11] A cet égard, on renvoite aux développements très fouillés d'E. Corzo Sosa, « Derecho al medio ambiente adecuado, reconocimiento juridico y acceso a la justicia (protección). Un esbozo », in J.U. Carmona Tinoco & J.M. Hori Fojaco (dir.), *Derechos*

constitutionnel (en Argentine, en Bolivie, au Brésil, en Colombie, en Equateur, au Guatemala, au Nicaragua, au Paraguay ou encore au Venezuela). Dans d'autres Etats, l'accent est mis de façon plus concrète sur le fait que le pays doit rester non pollué, i.e., (*libre de contaminación*) (Chili, Equateur, Panama). Certains Etats, ils sont isolés, mentionnent le droit environnemental adapté au développement de la vie (Pérou) ou encore adapté pour protéger la santé des personne (Honduras) ou, allant encore plus loin, pour le développement et le bien-être des personnes (Mexique, article 4, réforme constitutionnelle de 1999). Dans la plupart des textes constitutionnels, il est fait mention d'un droit comme tel, bien que dans le même temps des obligations sont imposées à la charge de l'Etat qui a le « devoir » de maintenir l'équilibre environnemental. Ainsi, au Costa Rica, l'objectif culturel de l'Etat est de protéger les « beautés naturelles » du pays (*bellezas naturales*) ; tandis qu'au Guatemala, il doit empêcher la pollution de l'environnement. Dans la plupart des cas, le titulaire du droit est individuel. Rares sont les pays qui font référence à un droit de nature collective. On ne recense que les constitutions équatorienne et venezuelienne qui consacrent un « droit individuel et collectif à un environnement sain et écologiquement équilibré », tandis que la constitution bolivienne affirme que les Peuples indigènes jouissent du droit de vivre dans un environnement sain. Les références ne s'arrêtent pas là ; elles innervent logiquement le champ des ressources naturelles. Leur protection est une des préoccupations constitutionnelles latino-américaines. Ainsi, l'Argentine mentionne leur usage rationnel ; l'Argentine à nouveau avec le Costa Rica, Cuba, l'Equateur, le Salvador et le Pérou mentionnent leur protection, leur préservation ou leur conservation. Au Guatemala, le patrimoine naturel est inaliénable, tandis qu'en Equateur (seule Constitution au monde à le clamer), la nature comme telle a des droits (!). Partant, selon l'article 71 de la constitution équatorienne, l'existence de la nature doit être respectée comme son maintien et la régénération de ses cycles vitaux. La Constitution équatorienne de 2008 a ainsi constitutionnalisé ces principes qui s'inspirent de la culture indigène et qui font référence au « *buen vivir* » – au « vivre bien, honnêtement » – incarné par la formule Kechua « *Sumak Kawsay* ». L'article 275 de la Constitution équatorienne l'érige ainsi en nouveau modèle de relation entre l'homme et la nature[12]. Le « *Sumak Kawsay* » désigne

> [L]a façon de vivre en communauté en respectant les hommes, la société, la nature – la Pachamama – ses rythmes, ses ressources, et tous les êtres vivants, plantes et animaux, auxquels elle a donné naissance. Ce respect de la nature est inspiré par la solidarité intergénérationnelle, toutes les générations devant transmettre aux généra-

---

humanos y medio ambiente, Mexico, UNAM, 2010, 145-198. Les références aux systèmes constitutionnels latino-américains sont empruntées à ce travail.

[12] Il se lit ainsi : « *El buen vivir requerira que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades y de la convivencia armonica con la naturaleza* ».

> tions futures une nature en bon état de marche capable de leur assurer une vie digne. Le *Sumak Kawsay* se situe « au confluent de la cosmovision andine et du savoir technique ancestral – ce qui ne veut pas dire que les Indiens soient opposés à l'accueil de techniques et de savoirs étrangers, si ceux-ci s'intègrent dans leur conception de la vie et du monde[13].

Avec l'Equateur, la Bolivie est le second pays à avoir constitutionnalisé ce principe vital (article 8 de la constitution).

La richesse du constitutionnalisme « vert » latino-américain est inouïe en ce qu'il appréhende encore d'autres questions connexes au « fait environnemental ». Ainsi, la prohibition de substances dangereuses[14], l'organisation d'études d'impact environnemental (Brésil, Equateur et Venezuela), le dommage environnemental et la réparation y afférente (Argentine, Bolivie, Brésil, Colombie, Equateur, Paraguay), le principe de participation aux décisions publiques en matière environnementale (notamment pour les communautés indigènes) (Colombie et Equateur) et, *last but not least*, l'éducation environnementale (Argentine, Brésil et Colombie), ont été autant de problématiques constitutionnalisées au sein des Amériques.

Cette profusion constitutionnelle où l'environnement, la nature, son respect etc., brillent de tous leurs feux, n'efface évidemment pas La question qui fâche, celle qui sourdit, lancinante et qui est forte d'enjeux pratiques ; celle qui consiste à se demander si cet éloge constitutionnel de l'environnement n'est en réalité qu'une rhétorique politique – qui revêt les habits policés du droit – ou si au contraire on se trouve en présence de la reconnaissance d'un « droit subjectif » à un environnement sain ? En un mot, *quid* de la justiciabilité environnementale dans les champs constitutionnels ? L'analyse du champ juridique interne et international permet de constater que le droit à un environnement « sain » – dont on a vu qu'il peut revêtir une kyrielle de déclinaisons terminologiques – est en général consigné parmi les « droits-créances », plus particulièrement dans la catégorie des « droits économiques et sociaux » lesquels en général ne s'adressent qu'à l'attention des pouvoirs publics[15]. Partant, leur justiciabilité est conditionnée par leur intervention (2). Dans le même temps, les stratégies judiciaires des requérants alliées au pouvoir créateur du juge – à tout le moins de certains juges – permet aujourd'hui également de faire valoir la protection d'un droit à en environnement sain de façon indirecte, en utilisant le vecteur d'autres droits

---

[13] C. Rudel, « Vivre bien, honnêtement », *Espaces latinos*, 249, 2008.

[14] Ce dernier élément a en effet fait une apparition dans de nombreuses constitutions. Ainsi, les armes chimiques, biologiques et nucléaires sont expressément interdites en Bolivie, Colombie, Equateur et Paraguay.

[15] Voir les nuances dans l'imposant travail mené sous la direction de J. Iliopoulos-Strangas, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne. Etude de droit comparé*, Athènes/Bruxelles/Baden-Baden, Ant. N. Sakkoulas/Bruylant/Nomos, 2000.

protégés par les instruments pertinents (Constitutions et Conventions des droits de l'homme) (3).

2. Une justiciabilite conditionnee

Répondre à l'interrogation de savoir comment les individus peuvent se plaindre, en justice, d'une atteinte à l'environnement suppose tout d'abord d'évaluer la place de la protection environnementale dans les catalogues de protection des droits et libertés. Dans les pays qui disposent d'un catalogue constitutionnel de droits et de procédures spécifiques de protection, il est topique de constater que le droit à un environnement sain ne bénéficie pas du même degré de protection juridictionnelle que les autres droits, sauf rares exceptions. Autant dire que la question revient aux juridictions ordinaires qui se trouvent en première ligne dans la majorité des pays. Ce sont elles qui, sur la base de l'utilisation des voies judiciaires classiques, pourront sanctionner les atteintes à l'environnement.

2.1. *La rareté de la protection maximale*

Si en Europe le principe est celui d'une protection constitutionnelle atténuée de l'environnement, on recense toutefois en Amérique latine trois pays qui, à eux seuls, ont déplacé les lignes. Ils font en effet figure de précurseurs sur l'ampleur de la protection constitutionnelle octroyée au droit à l'environnement.

2.1.1. L'Europe

En Europe, un certain nombre de Constitutions accordent à l'environnement une place parmi la nomenclature des droits-créances. Ainsi, la Constitution portugaise du 2 avril 1976 l'y inclut dans le Chapitre II consacré aux « Droits et devoirs sociaux ». Il se trouve en quatrième position (art. 66(1)) après la sécurité sociale (art. 63), la santé (art. 64), le logement (art. 65) et avant la famille (art. 67), l'enfance (art. 68), la jeunesse (art. 70), les handicapés (art. 71) et le troisième âge (art. 72). Dans la même lignée, la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 l'a inséré dans le Chapitre trois intitulé « Des principes directeurs de la politique sociale et économique » à l'article 45. Plus récemment, la Constitution tchèque du 16 décembre 1992 à son article 18 proclame également le droit à un « environnement sain et préservé ». Il est topique de constater que le droit à un environnement « humain et sain » au Portugal ou « approprié » en Espagne, soit ne bénéficient pas intégralement des mécanismes de protection applicables aux autres droits (Portugal), soit en bénéficient mais avec un très faible degré de protection. Le cas espagnol est à cet égard significatif dans la mesure où l'environnement est intégré dans la catégorie des « droits » la moins protégée, celle des « principes directeurs ». Ainsi, conformément au paragraphe 3 de l'article 53, « ils ne pourront être allégués devant la juridiction ordinaire

que conformément aux dispositions des lois qui les développent ». Cela entraîne l'impossibilité d'activer le recours d'*amparo* pour se plaindre d'une atteinte au « droit à un environnement approprié ». Le Tribunal Constitutionnel le rappelait dans une décision de 1996[16] où le requérant se plaignait du classement sans suite des poursuites formées contre les propriétaires et exploitants d'une raffinerie de pétrole particulièrement polluante de Galice[17]. Ainsi, le juge constitutionnel rappela que, même si le droit à un environnement approprié revêt une importance particulière dans la société contemporaine, il ne s'agit que d'un « principe » qui impose aux pouvoirs publics de veiller à l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles afin de protéger et d'améliorer la qualité de la vie et de l'environnement[18].

Dans ce panorama, la République tchèque est à part. En effet, l'utilisation du mécanisme de la « plainte constitutionnelle » pour contester les atteintes à l'environnement est possible, ce qui est tout simplement exceptionnel. Il reste ce faisant que la Cour constitutionnelle, dans son appréciation de l'atteinte à l'environnement, met en œuvre une technique de balance des intérêts où la protection environnementale ne sort part vainqueur au regard de la nature particulière des autres droits en jeu. Dans une décision de l'année 2000[19], elle examina les arguments du requérant qui soutenait que la loi tchèque sur la publicité commerciale ne respectait pas les dispositions constitutionnelles protégeant le droit à la santé (art. 70(D)) et à un environnement sain (art. 18), dans la mesure où elle ne limitait la publicité pour le tabac que dans certaines hypothèses. A cette occasion, la Cour a estimé que

> ce droit est un élément de l'aspect objectif et institutionnel du droit à la vie, élément distinct à la fois des droits fondamentaux de l'individu et des obligations ou objectifs sociaux assignés à l'Etat, et en vertu desquels celui-ci peut librement choisir d'agir ou de ne pas agir[20].

C'est ainsi que la loi sur la publicité commerciale passa sans souci le contrôle de constitutionnalité, la Cour estimant que l'Etat ne pouvait limiter la liberté d'expression, droit fondamental, sur le fondement ni du droit à la santé, ni du droit à un environnement sain.

Cet exemple européen, assez exceptionnel en soi, n'a rien à envier à l'ingénierie argentine, équatorienne et bolivienne en matière de protection constitutionnelle du droit à un environnement sain et écologiquement équilibré.

---

16 Sentence du Tribunal Constitutionnel espagnol (STC) no. 199/1996, 3 déc. 1996.

17 E. Alberti, P. Bon & F. Moderne, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Espagne », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 12, 1996, 611.

18 Dans le même sens, STC no.102/1995, 26 juin 1995.

19 ÚS, 31 oct. 2000 (no. 37), *Bulletin de Justice Constitutionnelle*, HUN-2000-3-006 et J.-P. Massias (dir.), « Chronique constitutionnelle des Etats d'Europe de l'Est (2000-2001) », *Revue du Droit Public*, 3, 2002, 1348.

20 *Ibid*., 1348.

2.1.2. L'Amérique latine

En Argentine, un recours d'amparo (*acción de amparo*) peut être activé en matière environnementale ; en Equateur, c'est le mécanisme de la *tutela efectiva*, de la protection judiciaire effective en matière environnementale (art. 397, no. 1), qui peut l'être avec, en outre, la possibilité d'ordonner des mesures provisoires, la charge de la preuve retombant sur le gestionnaire de l'activité dangereuse et/ou polluante ; enfin, en Bolivie, il est expressément indiqué que toute personne – à titre individuel ou collectif (en représentation d'une collectivité), est en mesure d'entreprendre des actions légales pour défendre le droit à l'environnement et que le mécanisme de l'action populaire (*acción popular*) est possible contre tout acte ou omission des autorités et des personnes individuelles ou collectives qui enfreignent ou menacent d'enfreindre des droits et intérêts collectifs reliés à l'environnement (art. 34 de la constitution)…

2.2. *L'effet direct ignoré*

Le panorama constitutionnel démontre que les constituants, quand ils ont eu le souci d'intégrer l'environnement dans les Chartes constitutionnelles, l'ont inséré dans la catégorie de ce que l'on appelle communément les « droits économiques et sociaux ». Ainsi, autant dire qu'en général les normes constitutionnelles qui consacrent, selon des formules variées, le droit à un environnement sain, ne sont pas dotées d'effet direct. Du coup, il faut que le législateur interviennent afin de permettre aux justiciables d'activer les voies de droit ordinaires (administratives, civiles et pénales).

2.2.1. L'effet direct en question(s)

Le cas belge en est un excellent exemple[21]. L'article 23 alinéa 4 intègre le « droit à un environnement sain » parmi des objectifs à l'adresse du législateur. Partant il ne pourra pas, en tant que tel, être à l'origine d'une saisine directe du juge par les requérants. En l'absence de règles spécifiques adoptées par le législateur – qui interdisent tel comportement ou à l'inverse obligent à agir dans un sens déterminé – il ne suffit pas d'invoquer devant les tribunaux une atteinte à la qualité de son environnement pour pouvoir exiger d'un tiers, qui ne commet aucune faute, un comportement déterminé[22].

---

[21] F. Haumont, « Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain. Etat de la jurisprudence », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2005, 41-52.

[22] Cour d'appel de Bruxelles, 24 jan. 1997. L'action avait été à l'origine introduite par des riverains de l'aéroport de Zaventem qui reprochaient notamment à l'Etat belge et aux exploitants de porter atteinte à la qualité de leur environnement.

Il existe cependant des exceptions assez remarquables où, malgré le constat d'une absence d'effet direct, le juge va aller au-delà du signifiant constitutionnel. Le cas grec est significatif à cet égard. L'article 24 de la Constitution hellénique du 9 juin 1975 laissait penser que l'on était en présence d'une clause classique instaurant un « mandat constitutionnel » à l'adresse de l'Etat et qui n'habilitait pas, *in se*, les requérants à ester en justice contre lui. Il se lisait ainsi : « La protection de l'environnement naturel et culturel est une obligation de l'Etat. L'Etat est tenu de prendre des mesures préventives ou répressives particulières pour assurer sa protection ». Or, ce fut le Conseil d'Etat qui a progressivement évolué pour

> arriver d'une part à considérer que le droit à la protection de l'environnement naturel et du patrimoine peut en tout état de cause être réalisé par le juge même en l'absence de réglementation législative, et d'autre part à reconnaître à l'intéressé le droit d'ester en justice contre l'Etat et de revendiquer une prestation[23].

Du coup, une réforme constitutionnelle en 2001 a en quelque sorte constitutionnalisé l'œuvre prétorienne du Conseil d'Etat en ajoutant plusieurs incises lourdes de conséquences : « La protection de l'environnement naturel et culturel est une obligation de l'Etat et un droit de chacun. L'Etat est tenu de prendre des mesures préventives ou répressives particulières, dans le cadre du principe de durabilité, pour assurer sa préservation »[24].

2.2.2. L'activation des voies de droit ordinaires

Au Burkina-Faso, l'absence d'effet direct de l'article 29 de la Constitution de 1991 (révisée en 1997) a reporté vers le législateur l'obligation d'agir et a ce faisant valorisé les mécanismes juridictionnels de droit commun pour sanctionner des atteintes ou risques d'atteintes à l'environnement[25]. Ainsi, lorsqu'un individu estime qu'un dommage à l'environnement lui a porté un préjudice personnel dans son patrimoine, il peut saisir les tribunaux civils contre les auteurs présumés de ce dommage en mettant en œuvre l'action civile (sur la base de l'article 1382 du Code civil relatif à la responsabilité civile pour faute). De même, les tribunaux pénaux peuvent être saisis par le Ministère chargé de l'Environnement ou par le procureur du Faso, lorsque ceux-ci ont connaissance d'une infraction pénale dans le domaine de l'environnement. Ils peuvent aussi être saisis par des

---

[23] J. Iliopoulos-Strangas & G. Leventis, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », in Iliopoulos-Strangas (dir.), *La protection des droits sociaux*, 395-486.

[24] T. Nikopoulos & M. Haîdarlis, « La Constitution, la jurisprudence et la protection de l'environnement en général », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2005, 65-72.

[25] V. Zakane, « Problématique de l'effectivité du droit de l'environnement en Afrique : l'exemple du Burkina Faso », in L. Granier (dir.), *Aspects contemporains du droit de l'environnement en Afrique de l'Ouest et centrale*, Gland, UICL, 2008, 20.

individus qui s'estiment victimes d'infractions pénales, en matière d'environnement. Par ailleurs, tout citoyen, qui s'estime lésé par des actes des pouvoirs publics portant atteinte ou susceptibles de porter atteinte à l'environnement, peut saisir le Conseil d'Etat ou les tribunaux administratifs selon le cas, à l'effet d'obtenir l'annulation des actes incriminés ou une juste réparation. La pratique démontre cependant que tous ces mécanismes ne sont que très rarement déclenchés[26].

3. Une justiciabilite indirecte

Par « justiciabilité indirecte », on entend ici marquer le fait que le droit à un environnement sain ne peut faire l'objet d'une protection qu'à travers le vecteur de droits subjectifs, tels que protégés dans les catalogues de droits (conventionnels et constitutionnels). Ce n'est donc que par le biais de recours portant sur d'autres droits individuels qu'une requête devant les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme d'un côté ou devant les Tribunaux constitutionnels de l'autre a des chances d'aboutir.

3.1. *Les protections conventionnelles*

Il est tout à fait remarquable de constater le même processus créatif s'agissant du droit de l'environnement au sein des Amériques et en Europe. Alors que ces deux textes – adoptés en des temps où les questionnements environnementaux n'étaient guère au centre des préoccupations – ne contiennent aucune référence

[26] *Ibid.*, 20 : « Rarement saisis de questions d'environnement, les tribunaux nationaux n'ont pas souvent l'occasion de statuer sur de telles questions. Pourtant, ce ne sont pas les infractions pénales en la matière qui manquent. Certaines implantations industrielles, par exemple, sont parfois à l'origine de graves dommages à l'environnement, comme des déversements de déchets liquides ou solides dans les cours d'eau et en plein air ou encore des pollutions de l'air ou du sol, sans qu'aucune procédure judiciaire n'ait jamais été engagée contre eux. En matière de lutte contre les pollutions, par exemple, les autorités administratives ne sanctionnent pratiquement jamais les pollutions issues des véhicules automobiles et des engins à deux roues, pas plus qu'elles ne sanctionnent les déversements anarchiques de déchets ménagers ou industriels dans les cours d'eau. De même, les coupes abusives de bois et les feux de brousse, pourtant pénalement répréhensibles, ne font quasiment pas l'objet de poursuites pénales. De nombreux établissements classés se créent et fonctionnent en méconnaissance de la réglementation relative aux établissements dangereux, insalubres et incommodes, sans être pour autant inquiétés par une procédure judiciaire quelconque. Il se développe ici aussi une certaine impunité qui montre les limites des mécanismes juridictionnels à assurer une protection efficace de l'environnement. Par ailleurs, alors que la justice reste largement ouverte aux victimes directes de dommages écologiques, celles-ci sont, en pratique, réticentes à saisir le juge, en raison d'une méconnaissance de la législation environnementale et des procédures ouvertes à cet effet, mais aussi d'une certaine culture de la fatalité face aux calamités provenant de la nature ».

à l'environnement[27], la puissance prétorienne des Cours de Strasbourg et de San José a changé la donne. D'une 'absence visible' – l'oxymore ici s'impose – on est passé à la construction d'un droit de l'environnement. Dit autrement, on est arrivé à la création et à la systématisation d'un ensemble de principes qui rejoignent la philosophie énoncée dans la Déclaration de Rio de 1992 : « tous les êtres humains [...] ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature » (1er principe).

Le processus créatif – ayant permis aux deux Cours de protéger indirectement l'environnement – prend appui sur des bases juridiques qui ne sont pas toutefois totalement identiques dans les deux systèmes. Dans l'univers conventionnel européen, ce sont à titre principal les articles 8 et 2 de la Convention qui ont permis à la Cour de bâtir son corpus jurisprudentiel : la vie privée et familiale[28] d'un côté et le droit à la vie de l'autre ont ainsi été les vecteurs essentiels de la protection indirecte. Cela ne veut pas dire que d'autres bases juridiques n'aient pas été mobilisées par la Cour. Il faut en effet citer à titre accessoire l'article 5(3) (remise en liberté d'une personne contre une garantie)[29], l'article 1er du Protocole 1er

---

[27] Les textes internationaux de protection des droits adoptés ultérieurement dans le cadre du système africain de protection ou encore au sein de l'Union européenne ont logiquement, quant à eux, pris acte de l'évolution sociétale. L'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples se lit ainsi : « Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement », tandis que l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est libellé de la sorte : « Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ».

[28] Voir à ce sujet J.-P. Marguenaud, « De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 217-230 ; F. Sudre, « Le droit à un environnement sain et le droit au respect de la vie privée », *Annuaire International des droits de l'homme*, 1, 2006, 201-217.

[29] Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH), *Mangouras c. Espagne*, requête no. 12050/04, arrêt (Gr. Ch.), 28 sept. 2010. Dans le cadre d'une affaire où le capitaine grec du navire *Le Prestige* fut détenu en Espagne pendant 83 jours – à la suite d'une avarie accidentelle qui engendra une catastrophe écologique majeure polluant les plus beaux rivages de Galice et de Cantabrie – la Cour relève qu' « elle ne saurait ignorer la préoccupation croissante et légitime qui existe tant au niveau européen qu'international à l'égard des délits contre l'environnement. En témoignent notamment les pouvoirs et les obligations des Etats en matière de lutte contre les pollutions maritimes ainsi que la volonté unanime tant des Etats que des organisations européennes et internationales d'en identifier les responsables, d'assurer leur présence lors du procès et, le cas échéant, de les sanctionner. [...] En outre, l'on constate une tendance au recours au droit pénal comme moyen de mise en œuvre des obligations environnementales imposées par le droit européen et international » (para. 86). Elle se plait ce faisant à confirmer la solution de la chambre de sept juges (Cour EDH, 8 jan. 1999) qui avait considéré à l'unanimité que le versement d'une caution d'un montant de 3 millions d'euros en vue de la remise en liberté du prévenu n'était pas contraire à l'article 5(3).

(le droit au respect des biens)[30] et l'article 10 (liberté d'expression). Dans le système conventionnel interaméricain, le contentieux est à ses débuts. Il est difficile dans ce contexte d'affirmer de façon certaine que telle ou telle base juridique l'emporte sur telle autre. Jusqu'à présent, ont été mobilisés les articles 4 (droit à la vie)[31], 13 (droit à l'information)[32], 16 (liberté d'association)[33] et 21 (droit de propriété)[34] pour protéger indirectement l'environnement. La différence intersystémique ici réside sur l'absence de l'utilisation de la protection de la vie privée dans le système américain et de la non utilisation de la liberté d'association dans le système européen.

S'il fallait systématiser les jurisprudences européenne et interaméricaine, on pourrait tenter de résumer la situation de la sorte : 'tergiversations protectrices européennes *versus* affirmations symboliques américaines'.

3.1.1. L'univers conventionnel interaméricain

Dans le champ conventionnel américain, l'heure est plutôt aux affirmations solennelles, à la mise en place de principes directeurs, i.e. de principes structurants qui tous, d'une manière ou d'une autre, mettent en exergue l'indivisibilité des droits. Le contentieux environnemental balbutiant peut encore se résumer à l'équation suivante : « un arrêt = un principe », même si on doit immédiatement nuancer cette affirmation dans le cadre du contentieux dit indigène. En effet, depuis l'arrêt historique *Awas Tigni*[35] jusqu'au fondamental arrêt du *Peuple Indigène Kichwa*[36], la Cour n'a eu de cesse de mettre en avant l'importance des liens que les communautés indigènes entretiennent avec leurs terres ancestrales,

---

[30] Voir sur la question P. Tavernier, « Droit de propriété et protection de l'environnement devant la Cour de Strasbourg », *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 61-80. Pour un exemple emblématique, voir Cour EDH, *Consorts Richet et Le Ber c/ France*, requêtes n°8990/07 et 23905/07, 18 nov. 2010.

[31] Dans le cadre du contentieux indigène essentiellement comme dans le cadre de l'assassinat d'un défenseur des droits de l'environnement.

[32] Dans le cadre d'une seule affaire pour l'instant.

[33] Dans le cadre d'une seule affaire pour l'instant.

[34] Dans le cadre du contentieux indigène.

[35] Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH), *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Fond et réparations, 31 août 2001, Série C no. 79. Parmi une jurisprudence « indigène » abondante, on relèvera ici les affaires ayant un lien avec l'article 21 de la Convention : Cour IDH, *Communauté Yakye Axe c. Paraguay*, Fond et réparations, 17 juin 2005, Série C no. 125 ; Cour IDH, *Communauté indigène Sawhoyamaxa c. Paraguay,* Fond et réparations, 29 mars 2006, Série C no. 146 ; Cour IDH, *Peuple Saramaka c. Suriname,* Exceptions préliminaires, fond, réparations, 28 nov. 2007, Série C no. 172 ; Cour IDH, *Communauté indigène Xákmok Kásek c. Paraguay,* Fond et réparations, 24 août 2010, Série C no. 214.

[36] Cour IDH, *Peuple indigène Kichwa de Sarayaku c. Equateur,* Fond et réparations, 27 juin 2012, Série C no. 245.

sans toutefois parler, comme tel, d'« environnement » *stricto sensu*, mais se faisant plutôt le porte-parole de leur approche compréhensive de la relation au monde ; c'est toute leur « cosmovision » qu'elle a ainsi valorisé en la prenant en compte dans le contrôle des obligations à la charge des Etats[37]. On notera les stratégies cyniques des Etats qui sont capables de déclarer unilatéralement un espace comme « réserve naturelle » dans le seul but de couper court aux revendications de leurs territoires ancestraux par les peuples indigènes[38] ou encore d'autoriser des entreprises pétrolifères d'exploiter leurs domaines sans respecter leurs obligations internationales de consultation[39]. De même à travers le droit à la vie – qui prend l'allure du droit à une vie digne – c'est l'accès aux infrastructures élémentaires (comme l'eau) qui a également été mis en avant par la Cour[40]. Nonobstant ces avancées majeures, on peut affirmer qu'aujourd'hui, il n'y a que trois arrêts qui abordent explicitement la thématique environnementaliste.

L'affaire *Claude Reyes*[41] tout d'abord qui concernait un projet monumental de déforestation du Sud chilien[42] et à l'occasion de laquelle le droit à l'information

---

37 Dans le cadre des affaires relatives au contentieux « indigène » – problèmes de démarcation territoriale, de déplacements forcés, d'extermination délibérée, d'assassinats, d'exploitation –, c'est le rapport à la terre ancestrale qui est mis en avant par la Cour qui a pris en compte la vision « communautaire » de la propriété des communauté indigènes pour imposer nombre d'obligations positives à la charge des Etats.

38 C'est le cas de figure de l'affaire Cour IDH, *Communauté indigène Xákmok Kásek c. Paraguay*, paras. 155-162.

39 Cour IDH, *Peuple indigène Kichwa de Sarayaku c. Equateur*.

40 Voir, inter alia, l'arrêt de la Cour IDH, *Communauté indigène Xákmok Kásek c. Paraguay*, Fond et réparations, 24 août 2010, Série C no. 214 – qui est symptomatique de cette approche. On lira avec profit les paras. 194-234. Les autres adoptés en 2010 concernent plus spécifiquement le traitement des femmes indigènes (après notamment un viol) dans l'accès à la justice, voir Cour IDH, *Fernández Ortega y otros c. México*, Exceptions préliminaires, fond et réparations, 30 août 2010, Série C no. 215 ; Cour IDH, *Rosendo Cantú y otra c. México,* Exceptions préliminaires, fond et réparations, 31 août 2010, Série C no. 216.

41 Cour IDH, *Claude Reyes et autres c. Chili*, Fond et réparations, 19 sept. 2006, Série C no. 151.

42 Alors que des entreprises privées en accord avec les autorités chiliennes avaient mis en place un vaste projet de déforestation de la partie australe du pays – connu sous le nom de « Projet du Fleuve Cóndor » – l'économiste Claude Reyes (ainsi que d'autres pétitionnaires) s'adressa au Comité des Investissements Etrangers, organisme public, afin d'obtenir de plus amples renseignements sur le sujet, inquiet des conséquences commerciales, sociales et environnementales d'une telle entreprise. Bien que certaines informations lui aient été communiquées, nombre de demandes de renseignements précis reçurent toutefois une fin de non-recevoir, sans qu'aucune justification n'ait été fournie à cette rétention d'information. Les diverses procédures judiciaires nationales engagées par le pétitionnaire ayant toutes échouées, c'est dans ce contexte que le 17 décembre 1998 un groupe composé de plusieurs institutions issues de la société civile – notamment la Fondation Terram dont M. Claude Reyes était dirigeant – décida de saisir la Commission interaméricaine qui, suite à son rapport rendu sur la base de l'article 50 de la Convention (Commission IDH, 7 mars 2005, Rapport no. 31/05), transmettait

publique, notamment en matière environnementale, a été affirmé grâce au libellé compréhensif de l'article 13 de la convention américaine. L'affaire *Kawas*[43] ensuite – relative à l'assassinat de la Présidente d'une importante fondation de protection de l'environnement au Honduras – où l'on trouve le premier[44] et vibrant plaidoyer en faveur de la protection de l'environnement. Dans le cadre de l'examen de la violation de l'article 4 (droit à la vie)[45], la Cour interaméricaine rappela la vague d'assassinats « des défenseurs des droits de l'homme, notamment les défenseurs de l'environnement » qui sévit au Honduras après le meurtre de Blanca Jeannette Kawas Fernández. Dans le cadre de l'examen de l'atteinte à l'article 16 (liberté d'association), la juridiction interaméricaine n'hésita pas, comme à son habitude, à mobiliser une kyrielle de références endogènes (i.e. propre au système politique et juridique de l'OEA) et exogènes (totalement extérieures au continent américain) afin d'affirmer la « relation indéniable entre la protection de l'environnement et la réalisation des autres droits de l'homme » (para. 148). En plus de valoriser la jurisprudence européenne – les affaires *Guerra, López Ostra, Fadeyeva* – et de rappeler son propre *case law* dans le cadre du contentieux indigène comme la prise en compte constitutionnelle de l'environnement dans de nombreux pays du continent américain, la Cour fit référence aux travaux de l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains (OEA) et des Nations Unies. Ces derniers ont mis en évidence la manière dont la dégradation environnementale et les effets pervers du changement climatique ont affecté la jouissance effective des droits de l'homme sur le continent. Et d'affirmer, pour couronner cette profession de foi mettant en évidence les liens ténus entre respect des droits de l'homme et protection de l'environnement, que ces multiples avancées ont été prises en compte dans le Protocole de San Salvador. Il inscrit le droit à un environnement salubre dans le corpus des droits de l'homme par son article 11(1) qui stipule que « Toute personne a le droit de vivre dans un environnement salubre et de bénéficier des équipements collectifs essentiels ». La tactique de la Cour est ici intéressante et il convient d'y insister. Ce Protocole additionnel à la Convention américaine ne rend pas le droit à l'environnement justiciable ; il est « uniquement » protégé par la voie des rapports périodiques que les Etats parties doivent transmettre à la Commission interaméricaine (art. 19(6)). Toutefois, la Cour ne met pas en avant cet élément d'ordre procédural et ne s'attache qu'au contenu du Protocole. C'est une manière d'importer, dans le giron de sa jurisprudence, la protection de l'environnement qui, du coup, va devenir un paramètre de son interprétation. La mort de la Jeannette Kawas Fernandez fut considérée par la Cour

---

l'affaire à la Cour le 8 juil. 2005 rejoignant ici la demande formulée en ce sens par les pétitionnaires.

43 Cour IDH, *Kawas Fernández c. Honduras*, Fond et réparations, 3 avril 2009, Série C no. 196.

44 Un tel plaidoyer explicite est effectivement, à ma connaissance, le premier du genre.

45 Cour IDH, *Kawas Fernández c. Honduras*, paras. 69-70.

« de manière évidente » comme une « privation de son droit de s'associer librement » (para. 152). Et de rappeler l'effet inhibiteur de tels crimes sur « les autres personnes qui se dévouent à la protection de l'environnement au Honduras ou qui sont reliées à ce type de causes » (para. 153). C'est dans ce contexte que la violation de l'article 16§1 (liberté d'association) fut constaté de façon combiné avec l'article 1(1). Les stratégies de protection indirecte de l'environnement et de ceux qui en prennent soin ne pouvaient pas apparaître de façon plus éclatante ici. L'ingéniosité juridique fut à son maximum.

Le troisième et non des moindres arrêts est celui qui a été rendu dans l'affaire du *Peuple Indigène Kichwa*[46]. Il condamne à l'unanimité l'Equateur pour avoir autorisé la conclusion d'un contrat entre une entreprise publique nationale et un consortium d'entreprises étrangères qui commença à exploiter un territoire indigène sans respecter l'obligation internationale de consultation préalable reconnue par la Convention no. 169 de l'OIT. Et d'en profiter pour marteler que c'est l'identité culturelle du peuple indigène qui fut, comme telle, bafouée.

3.1.2. L'univers conventionnel européen

Dans l'univers conventionnel européen, la jurisprudence est bien plus foisonnante[47]. Elle n'a pas été toutefois toujours linéaire, même si les grandes tendances de fond sont aujourd'hui bien établies au travers notamment des articles 8 et 2 de la Convention[48] et, de plus en plus, à travers l'article 1 du protocole no. 1[49].

La Cour européenne ouvrait la voie en utilisant comme vecteur de la protection de l'environnement le droit garanti à l'article 8 relatif à la protection de la vie privée et familiale. Elle commençait en 1994 de façon circonstanciée avec l'arrêt *López-Ostra*[50] en estimant que les nuisances provoquées par les émanations nauséabondes d'une station d'épuration des résidus de tanneries violaient le droit au respect du domicile du requérant. Il s'est agi d'une véritable « déclaration

---

[46] Cour IDH, *Peuple indigène Kichwa de Sarayaku c. Equateur*.

[47] Marguenaud, « De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain ».

[48] Même si la jurisprudence de Strasbourg n'est pas inintéressante sur la base de l'article 1er du Protocole 1er, il est clair qu'elle n'arrive pas au degré de sophistication de protection de l'environnement sur la base de la vie privée et familiale et du droit à la vie. Pour des analyses circonstanciées, on renvoie à Tavernier, « Droit de propriété », 61-80 et à C. Laurent, « Un droit à la vie en matière environnementale reconnu et conforté par une interprétation évolutive du droit des biens pour les habitants des bidonvilles », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 53, 2003, 261-297.

[49] Même si la Cour se plaît à rappeler régulièrement que l'article 1er du protocole no. 1 ne garantit pas, en principe, le droit de jouir de ses biens dans un environnement particulier, Cour EDH, *David Zapletal c. République tchèque*, requête no. 12720/06, 30 nov. 2010.

[50] Cour EDH, *López Ostra c. Espagne*, requête no. 16798/90, arrêt, 9 déc. 1994, Série A no. 303-C.

de naissance » du droit de l'homme à un environnement sain »[51], même si des affaires antérieures annonçaient le coup de théâtre[52]. C'est donc à partir de la notion de « domicile » que la Cour européenne a commencé sa construction prétorienne. Il faut toutefois souligner que la jurisprudence ultérieure fut chaotique, marquée par des allers-retours argumentaires importants ainsi que par des avancées et des reculs subséquents s'agissant de l'étendue de la protection indirecte, encore appelée en doctrine la « protection par ricochet »[53]. Il faut dire qu'en Europe les affaires soumises à la Cour ont mis en évidence des enjeux économiques colossaux et ont été à l'origine d'une fronde des Etats – ou à tout le moins de certains organismes[54] – qui se sont battus pour obtenir des reculs dans l'approche environnementaliste de la Cour, par trop coûteuse. Centrée à l'origine sur le « domicile », la Cour a ensuite protégé l'environnement à travers la notion fourre-tout, à tout le moins particulièrement large, de « vie privée et familiale » comme telle[55] ; le seul domicile redevenait cependant le pivot juridique à partir duquel la Cour consolida le droit à un environnement sain avec l'arrêt *Moreno Gómez* qui marqua un resserrement analytique[56]. Bien que le volet environnemental de l'article 8 se soit resserré sur le domicile, la Cour en a toutefois considérablement élargi la portée en dégageant le volet procédural de la protection à partir de l'arrêt *Taskin*[57]. La Cour dégagea une obligation positive procédurale –

---

51 J.-P. Marguenaud, « La protection de l'environnement de la vie privée et familiale », in *Les Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, 4ème éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2007, 482.

52 Cour EDH, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 21 fév. 1990, Série A, no. 172.

53 Elle vise à l'enrichissement du catalogue des droits protégés par la Convention en permettant « d'étendre le champ d'application de la Convention à des situations non expressément visées par celle-ci et de contourner l'incompatibilité ratione materiae d'une requête avec l'instrument conventionnel. La 'protection par ricochet' vient combler les lacunes du texte en faisant émerger des droits que l'on peut qualifier de « dérivés », non garantis comme tels par la Convention », Sudre, « Le droit à un environnement sain », 203.

54 A l'instar des aéroports et des compagnies d'aviation (comme la *Bristish Airways*) qui ont réussi via la technique de l'amicus curiae à faire valoir leurs points de vue dans la célèbre affaire *Hatton c. Royaume-Uni* au point de pousser la Cour à revenir sur sa position dans l'arrêt de Grande chambre du 8 juil. 2003.

55 Cour EDH, *Guerra c. Italie,* requête no. 14967/89, 19 fév. 1998 ; Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, requête no. 36022/97, 2 oct. 2001 ; Cour EDH, *Hatton c. Royaume-Uni*, requête no. 36022/97, (Gde. Ch.), 8 juil. 2003.

56 Cour EDH, *Moreno Gómez c. Espagne*, requête no. 4143/02, 16 nov. 2004. Il est remarquable de noter que la Cour n'a pas hésité, pour ce faire, à utiliser le principe *jura novit curia* qui l'autorise à l'examen d'office d'une affaire sous l'angle d'une disposition conventionnelle différente de celle invoquée par les parties pour situer les questions environnementales sur un terrain qu'elle entend mieux maîtriser, mieux gouverner.

57 Cour EDH, *Taskin c. Turquie*, requête no. 46117/99, 10 nov. 2004. L'affaire concernait les nuisances inhérentes à l'exploitation d'une mine d'or par la technique de la cyanurisation.

sur la base de l'article 8 – comprenant l'accès du public aux informations et aux enquêtes en cours dans le cadre des effets dangereux d'une activité industrielle[58]. L'arrêt *Tatar*[59] s'inscrivit dans ce mouvement – tout en l'élargissant – où tant l'accès du public aux études environnementales que le principe de précaution furent particulièrement valorisés par la Cour qui utilisa la formule (riche de promesses) de « jouissance d'un environnement sain et protégé » . . .

Parallèlement à ces arrêts qui protègent par ricochet l'environnement sur la base initiale d'une violation de l'article 8, il est tout à fait remarquable d'observer le même phénomène, mais cette fois-ci à travers l'article 2 qui consacre le droit à la vie. L'arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 18 juin 2002 inaugure cette tendance. Non seulement le juge européen impose aux Etats de prendre des mesures protectrices de la vie, mais encore les oblige à diffuser des informations au public sur les dangers encourus en matière environnementale[60]. C'est une manière de s'aligner sur les obligations internationales dégagées à la charge des Etats par certaines grandes conventions internationales comme celle d'Aarhus du 25 juin 1998 entrée en vigueur le 30 octobre 2001.

3.2. *L'échelle constitutionnelle*

Le panorama constitutionnel européen est très diversifié et démontre l'existence de multiples cas de figure qui vont du plus minimaliste (l'Allemagne), au plus inventif comme en Belgique ou en Espagne où c'est de façon indirecte mais certaine que le « droit à un environnement sain » s'est retrouvé justiciable.

En Allemagne, de justiciabilité indirecte du droit à l'environnement il n'est pas question, tant au regard de la disposition constitutionnelle allemande qui le consacre que de l'attitude des juridictions. L'article 20 a) de la Loi Fondamentale est particulièrement alambiqué. Il se lit ainsi :

> Assumant également sa responsabilité pour les générations futures, l'Etat protège les fondements naturels de la vie et les animaux par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, et des pouvoirs exécutif et judiciaire dans les conditions fixées par la loi et le droit.

Il est simplement question ici d'une règle objective qui ne crée pas de « droits subjectifs pour des individus, ni d'ailleurs des obligations à l'encontre des individus.

---

[58] Ce jeu des obligations positives – notamment sous l'angle procédural – fonctionne également à l'égard de la protection du droit à la vie. L'arrêt *Budayeva c. Russie* du 20 mars 2008 constate une double violation de cette disposition, tout d'abord parce que l'Etat a manqué à ses obligations positives consistant à prévenir les risques d'une coulée de boue et à mener une enquête effective après la catastrophe.

[59] Cour EDH, *Tatar c. Roumanie*, requête no. 67021/01, 27 jan. 2009. L'affaire concernait la pollution au cyanure d'un cours d'eau.

[60] C. Laurent, « Le droit à la vie et l'environnement », *Droit de l'environnement*, 107, 2003, 71-74.

D'autre part, les mots 'l'Etat protège' signifient sans doute qu'il existe une obligation de l'Etat. Mais il se pose la question de savoir qui peut la faire valoir »[61]. En dépit de cet état de fait, cette disposition a servi tout à la fois comme principe d'interprétation des lois et surtout, comme cause justificative des limitations des droits fondamentaux. La jurisprudence a toutefois démontré que la balance des intérêts, notamment quand le droit de propriété était en jeu, ne penchait guère vers la protection de l'environnement. Bien au contraire, la lutte contre les nuisances environnementales sont appréhendées de telle manière à ce qu'elles ne doivent pas faire peser de charges excessives sur les particuliers notamment quand ils sont propriétaires[62].

Les contextes belge et espagnol démontrent quant à eux une moins grande frilosité des juges qui ont su habilement dépasser les limites des textes constitutionnels. En Belgique, il est apparu très rapidement qu'en dépit du fait que l'article 23 n'était pas d'effet direct et ne pouvait servir de fondement isolé à une action, il a pu, en revanche, associé à une disposition légale, décrétale ou réglementaire – lever tout doute quant à l'existence d'un droit subjectif qui confère à son titulaire un intérêt personnel à agir[63]. Quant à l'Espagne, le Tribunal constitutionnel mit également à profit le technique de la protection par ricochet pour réussir à faire entrer les questions environnementales au cœur du contentieux de l'*amparo* même si, *in fine*, – paradoxe suprême – il fut quand même sanctionné par la Cour européenne qui estima son approche trop restrictive. C'est l'arrêt du *24 mai 2001* qui illustre cet état de fait[64]. Dans cette affaire, la requérante reprochait à la municipalité de Valence d'être, par son laxisme, responsable des nuisances sonores générées par divers établissements situés au pourtour immédiat de son logement (bars et discothèques). La requérante saisit le Tribunal constitutionnel d'un recours d'*amparo* en se plaignant tout à la fois d'une violation de l'article 15 (droit à l'intégrité physique et morale) et de l'article 18 (droit à l'intimité personnelle et familiale) de la Constitution. L'arrêt rendu est tout simplement remarquable dans la mesure où il élargit la portée de la protection conférée par

---

[61] M. Bothe, « Le droit à l'environnement dans la Constitution allemande », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2005, 36.

[62] Ainsi, le Tribunal de Karlsruhe s'est penché sur la protection de l'environnement, non pas pour consacrer un droit à un environnement sain, mais pour renforcer la protection d'autres droits comme celui de l'article 14 alinéa 1 de la Loi Fondamentale. Alors qu'il avait toujours considéré que les obligations du propriétaire d'un sol présentant un danger pour l'environnement étaient illimitées, le Tribunal constitutionnel fédéral dans une importante décision du 16 fév. 2000 effectua un tournant important estimant que dorénavant « les charges imposées à un propriétaire ne pouvaient pas excéder la valeur du terrain concerné » NJW, 2000, 2573 et M. Fromont, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2000 et 2001 », *Revue de Droit Public*, 6, 2002, 1838-1839.

[63] *Ad ex*., Bruxelles, 5 oct. 1999, *Aménagement-Environnement* 2000, 245 ; Haumont, « Le droit constitutionnel belge », 50.

[64] Tribunal Constitutionnel espagnol, STC no. 118/1001, 24 mai 2001.

les 15 et 18 à des hypothèses qui concernent tout type d'agressions sonores (FJ no. 6) en se référant, pour ce faire *expressis verbis* à la jurisprudence de Strasbourg, plus précisément aux affaires *López Ostra* et *Guerra*. Et d'affirmer :

> On peut conclure qu'une exposition prolongée à des niveaux déterminés de bruits qui, objectivement, sont inévitables et insupportables, mérite de tomber sous le coup de la protection du droit à l'intimité personnelle et familiale, dans le cadre du domicile, dans la mesure où ils empêchent ou rendent particulièrement difficile le libre développement de la personnalité dès que l'atteinte provient d'actes ou d'omissions d'entités publiques[65].

La rédaction de l'arrêt fit cependant apparaître une vision réductrice de la question de la part du tribunal qui, en plus d'exiger des incidences « graves et immédiates » sur la santé, opta pour une approche pointilliste de la protection contre les nuisances au lieu et place d'une « dimension environnementaliste » appelée de ses vœux par un des deux juges dissidents[66]. C'était sans compter la pugnacité judiciaire de la requérante qui décida de porter son affaire devant la Cour de Strasbourg. Or, bien qu'armé des principes directeurs conventionnels, l'analyse pointilliste et quelque peu restrictive développée par le juge constitutionnel – qui avait débouté *in fine* la requérante Mme Moreno Gomez – fut *in fine* sanctionnée par la Cour européenne[67]. On ne le rappellera jamais assez : le constat de constitutionnalité n'engendre certainement pas, *ne varietur*, un brevet de conventionnalité.

La « conscience écologique » a fait l'objet d'une constitutionnalisation sans précédent depuis vingt ans. Toutefois, sauf à de très rares exceptions, elle ne s'accompagne pas de la consécration du droit à l'environnement comme un droit subjectif. Il n'en reste pas moins que de protection il est question : et grâce aux juges ordinaires – qui jouent la carte écologique en interprétant les lois – grâce aux techniques de protection par ricochet mobilisées par certaines Cours constitutionnelles et par les Cours régionales de protection des droits. Ces dernières sont des aiguillons indispensables dont il faut toujours et encore scruter les arrêts, que l'on soit constitutionnaliste ou internationaliste, que l'on soit praticien ou universitaire, car elles donnent le « la », de nos jours, en matière d'environnement.

---

[65] Tribunal Constitutionnel espagnol, STC no. 118/1001, extrait du FJ no. 6 « *Podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como inevitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable a la lesión producida* ».

[66] E. Alberti, P. Bon, P. Cambot & J.-L. Requejo Pages, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle – Espagne », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2001, 542ss.

[67] Cour EDH, *Moreno Gómez c. Espagne*.

CHAPITRE QUARANTE-QUATRE

LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES ET LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION, ENTRE GRANDE PRUDENCE ET PETITES AUDACES

Yann Kerbrat* et Sandrine Maljean-Dubois**

Les principes énoncés dans la Déclaration de Stockholm de 1972, repris et développés dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, ont à l'évidence joué un rôle majeur dans le développement du droit international de l'environnement au cours des trente dernières années. Quoique leur caractère obligatoire n'ait été reconnu que de manière inégale et partielle, ils ont constitués des repères incontournables lors des négociations pour de nouvelles règles conventionnelles. Ils ont, en outre, essaimé dans la plupart des droits nationaux et influencé, bien que parfois seulement implicitement, les décisions de justice internationale. Le rôle structurant de ces principes a été d'autant plus important que l'évolution normative de la matière a été conduite à un rythme soutenu et de manière quasi-continue[1].

Parmi ces principes, l'un des plus essentiels et des plus emblématiques est certainement le principe de précaution. Etape importante dans l'avènement de ce que d'aucuns ont décrit comme une « démocratie technique », pensée comme pouvant permettre une meilleure appréhension des incertitudes générées par les progrès des sciences et des techniques[2], ce principe a constitué l'une des pièces maîtresses de la Déclaration de Rio. Il est formulé au principe 15 de la manière suivante :

* Professeur, Aix-Marseille Université – Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC), Aix-en-Provence, UMR7318 CNRS-Aix-Marseille Université.

** Directrice de recherche au CNRS – Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC), Aix-en-Provence, UMR7318 CNRS-Aix-Marseille Université.

[1] L. Boisson de Chazournes & S. Maljean-Dubois, « Les principes du droit international de l'environnement », fascicule du Juris-classeur *Environnement et développement durable*, no. 146-15, et *Droit international*, no. 146-15, sept. 2010.

[2] M. Callon & P. Lascoumes, Yannick Barthe, *Agir dans un monde incertain – Essai sur la démocratie technique*, Paris, Seuil, 2001.

> Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitudes scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.

Cette proclamation dans la Déclaration de Rio a constitué le point de départ d'un développement large et rapide du principe et de l'approche qui le sous-tend dans nombre d'ordres juridiques.

En droit de l'Union européenne, le principe de précaution occupe aujourd'hui une place de choix dans le contentieux des sciences et des techniques. Mentionné dans les traités constitutifs s'agissant de la protection de l'environnement, le principe a été étendu par la jurisprudence au domaine de la santé[3]. Il a ensuite été considéré dans la jurisprudence comme un principe « autonome » ayant valeur de « principe général du droit communautaire »[4]. Lorsque les conditions de sa réalisation sont réunies, il justifie en particulier que des restrictions soient apportées à la libre circulation des marchandises et/ou à la liberté du commerce et de l'industrie.

En droit français, le principe de précaution a été introduit par la loi « Barnier » en 1995[5] puis, dix ans plus tard, élevé au rang de norme constitutionnelle par la Charte de l'environnement dont l'article 5 dispose :

> Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage[6].

L'exigence de précaution ainsi formulée conditionne directement et immédiatement l'action publique. Le principe commande aux autorités publiques d'agir et non pas – n'en déplaise à ses détracteurs – de s'abstenir. Il les oblige à prendre des mesures d'évaluation des risques, laquelle variera dans sa forme et son contenu en fonction des connaissances existantes ; il les contraint dans certains cas à l'adoption de mesures « provisoires et proportionnées » (embargo, retrait du marché, refus d'autorisation, moratoire, etc.) ; il les conduit à organiser et

---

[3] Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), *Royaume Uni c. Commission*, Aff. C-180/96, 5 mai 1998, Rec. I-2265, et CJCE, *National Farmer's Union*, C-157/96, 5 mai 1998, Rec. I-2211.

[4] Tribunal de première instance des Communautés européennes, *Solvay Pharmaceuticals BV contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. T-392/02, 21 octobre 2003, Rec. II-04555, paras. 121-122.

[5] Art. L110-1 Code env.

[6] Charte de l'environnement de 2004, Loi constitutionnelle no. 2005-205 du 1er mars 2005 (Journal Officiel du 2 mars 2005).

approfondir l'évaluation et la gestion des risques environnementaux et sanitaires, à mettre en place des systèmes d'autorisation de mise sur le marché qui tiennent compte de cette exigence, à établir des mécanismes d'alerte, ou à adapter les procédures de décision par la création d'agences d'évaluation et l'association toujours plus étroite de la société civile. Le principe de précaution est également mobilisé par le juge à l'occasion des contentieux qui lui sont soumis. Le juge s'en est saisi et l'a en particulier consacré comme norme juridique de référence pour l'appréciation de la légalité des actes administratifs.

Dans l'ordre juridique international, hors Union européenne, le principe de précaution s'est largement épanoui dans la sphère conventionnelle. Il est énoncé, notamment, dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (art. 3(3)), la Convention sur la diversité biologique (préambule) et son Protocole de Cartagena sur la biosécurité (art. 9 et 10), certaines conventions sur l'environnement marin, le Protocole sur l'eau et la santé à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (art. 5), l'Accord international sur l'Escaut (art. 3), le Protocole d'application de la Convention alpine de 1991 dans le domaine des transports (art. 1er), la Convention pour la protection du Rhin (art. 4), ou encore le Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation relatif au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques. Mais malgré cette réitération du principe dans les traités, son statut et, en particulier, son autorité coutumière demeurent contestés. Il est vrai qu'en cette matière, comme le relevait Pierre-Marie Dupuy en 1997 en précisant que cette remarque était particulièrement pertinente pour le principe de précaution, les frontières entre le droit programmatoire et la *lex lata* sont fluctuantes :

> [I]l est inhérent au processus de formation coutumier de renseigner le plus souvent bien mal les États sur le moment à partir duquel on quitte, à propos de certains énoncés normatifs, le stade des propositions pour aborder celui des prescriptions[7].

Or face à ces incertitudes, le juge s'est traditionnellement montré prudent. Mais loin d'être encore stabilisée, la jurisprudence a évolué ces dernières années, d'une attitude d'ignorance, voire de défiance à une « réceptivité hésitante »[8]. Par petites touches impressionnistes, le juge international a apporté des éclairages sur la portée juridique du principe de précaution (1) mais aussi sur son contenu et ses implications (2).

---

[7] P.-M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *Revue Générale de Droit International Public*, 101(4), 1997, 889.

[8] L. Boisson de Chazournes, « Le principe de précaution : nature, contenu et limites », in Ch. Leben & J. Verhoeven (dir.), *Le principe de précaution, aspects de droit international et européen*, Paris, Panthéon-Assas, 2002, 87.

1. Éclairages jurisprudentiels sur le statut du principe de précaution

Bien que la Cour de justice de l'Union européenne a fait preuve d'une audace certaine en consacrant le principe de précaution comme principe général du droit communautaire en 1998[9], elle reste dans l'ensemble hésitante à lui donner un plein effet, y faisant le plus souvent référence en tant que principe interprétatif des règles de l'Union[10]. Cette prudence est plus manifeste encore dans la pratique des autres juridictions internationales qui ont davantage tardé à lui reconnaître l'autorité d'une règle de droit.

1.1. *La prudence originelle des juges internationaux*

La Cour internationale de Justice a été la première juridiction à vocation universelle à être confrontée au principe de précaution. Elle a, dans un premier temps, éludé la question. Le principe de précaution était invoqué par la Nouvelle-Zélande dans la seconde affaire des *Essais nucléaires* ; il avait alors fourni aux États en différend l'occasion de débattre de sa portée devant la juridiction. Alors que le demandeur y voyait une règle de droit positif, la France considérait, pour sa part, que le statut du principe en droit positif était « tout à fait incertain », et que « le droit international ne connaît pas d'exception écologique en matière probatoire »[11]. La Cour n'avait pas alors jugé utile de trancher entre les thèses en présence[12].

Elle ne l'a pas davantage considéré comme nécessaire dans l'affaire du barrage sur le Danube, alors que les Parties s'étaient également opposées à ce sujet dans les pièces de procédure écrite ainsi que lors de la phase orale. De façon relativement progressiste, la Cour a admis dans son arrêt de 1997 qu'un péril s'inscrivant dans le long terme, ce qui est souvent le cas des dommages à l'environnement, puisse justifier l'invocation d'un état de nécessité excluant la responsabilité. Mais de façon restrictive, la Cour constata qu'en l'occurrence la Hongrie ne faisait état que d'incertitudes. Or, elle jugea que « quelque sérieuses qu'aient été ces incertitudes, elles ne sauraient, à elles seules, établir l'existence objective d'un 'péril' en

---

[9] Voir la jurisprudence citée ci-dessus CJCE, *Royaume Uni c. Commission* et CJCE, *National Farmer's Union*.

[10] D. Gabdin, « Principe de précaution et pouvoir discrétionnaire », *Liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Rennes, Apogée, 2006, 307. A. Alemanno, « Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires », *Recueil Dalloz*, 22(7295), 2007, 1527.

[11] Ph. Sands, « L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zélande c. France) : contribution de l'instance au droit international de l'environnement », *Revue Générale de Droit International Public*, 101(2), 1997, 472, cet auteur citant les plaidoiries françaises devant la Cour.

[12] Deux juges, dans leurs opinions dissidentes, ont toutefois abordé la question.

tant qu'élément constitutif d'un état de nécessité »[13]. L'état de nécessité n'aurait été opposable qu'à la condition que « la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en [fût] pas moins certaine et inévitable »[14]. En posant cette exigence de certitude, la Cour internationale de Justice (CIJ) refusait en pratique qu'un état de nécessité écologique puisse être efficacement opposé comme motif d'exclusion de la responsabilité. En effet, et parce que les dommages environnementaux s'inscrivent le plus souvent dans le long terme, ils sont inéluctablement entourés d'une marge d'incertitude[15]. Pour autant, ils sont très souvent irréversibles. Or, ce que redoutait la Hongrie était un dommage à long terme (huit à cinquante ans) et en partie tout au moins irréversible et donc irréparable[16].

Pour juger que le péril n'était en l'occurrence pas « suffisamment certain », la Cour s'est basée sur un rapport de l'Académie des sciences de Hongrie qui expliquait combien il était difficile d'évaluer les incidences de la construction du barrage de Gabcíkovo sur l'environnement « en raison de la complexité des processus écologiques ainsi que du manque de données chiffrées et de calculs pertinents »[17]. Le raisonnement des juges était le suivant : les dommages étaient en l'occurrence difficiles à évaluer, donc [in]« suffisamment certain[s] » et ne pouvaient donc être pris en compte. La Cour aurait pu en tirer des conséquences toutes autres et prôner en particulier l'abstention. Mais à aucun moment dans son arrêt, elle n'évoque le principe de précaution. En un sens, il est compréhensible que ce principe vraisemblablement à l'époque *in statu nascendi*, aux contours et implications encore mal définis, ait pesé peu de poids face à l'impératif de stabilité des relations juridiques. Par crainte d'abus, la Cour entendait affirmer de strictes conditions de l'état de nécessité, tout comme l'a fait la Commission du droit international dans son projet d'articles sur la responsabilité des États. Mais son raisonnement reposait, ce faisant, sur une conception dépassée du risque qui laissait peu de place à l'incertitude[18]. Comme l'a écrit Pierre-Marie Dupuy,

---

[13] Cour Internationale de Justice (CIJ), *Projet de barrage sur le Danube dit « Gabcíkovo-Nagymaros »* (*Hongrie c. Slovaquie*), Arrêt, C.I.J. Recueil 1997, 4, para. 54. Cf. Mémoire de la Hongrie, vol. 1, para. 5.138, Contre-mémoire de la Hongrie, vol. 1, para. 1.44, plaidoiries de J. Crawford, CR 97/4 (trad.), 7 : « Ce péril était "grave" et "imminent" puisqu'il se serait très probablement concrétisé si le système de barrages tel que prévu en 1989 avait été construit ».

[14] CIJ, *Projet Gabcíkovo-Nagymaros*, para. 54.

[15] Cf. M. Rémond-Gouilloud, « À la recherche du futur. La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, 1, 1992, 6–11.

[16] Plaidoirie de P.-M. Dupuy, CR 97/6, 69.

[17] CIJ, *Projet Gabcíkovo-Nagymaros*, para. 56. La Hongrie remettait en cause sa fiabilité, jugeant qu'elle avait été réalisée par des scientifiques hongrois dépendants du gouvernement. Cf. K. Gorove, CR 97/3 (trad.), 64.

[18] G. Martin, « Le concept de risque et la protection de l'environnement : évolution parallèle ou fertilisation croisée », in *Les Hommes et l'environnement, études en hommage à A. Kiss,* Paris, Frison Roche, 1998, 458.

la Cour « est restée fidèle à une vision semble-t-il très restrictive du principe de précaution »[19].

Quelques semaines plus tard, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui fut confrontée au principe de précaution à l'occasion de l'affaire *Balmer-Schafroth*[20]. Elle adopta à son tour une attitude très réservée. Alors qu'étaient en cause des risques graves liés à l'utilisation de l'énergie nucléaire, la Cour exigea des requérants qu'ils rapportent, pour établir une violation de la Convention de Rome, la preuve du caractère précis et imminent d'une menace ; ce qui conduisait à alourdir considérablement le fardeau de la preuve[21]. Quoiqu'assouplie depuis l'arrêt *Tatar* (voir ci-dessous), la jurisprudence est restée constante sur ce point ; un lien ténu ou des répercussions lointaines sont toujours jugés insuffisants pour que soit démontrée une violation d'un droit protégé. En pratique, la responsabilité n'est engagée que si le danger n'est pas seulement potentiel mais avéré, voire que le préjudice est déjà matérialisé. Or, comme l'avait relevé le Juge Pettiti dans son opinion dissidente sous cet arrêt, une telle prudence est contestable en matière environnementale et peut s'avérer dangereuse : « Faudrait-il attendre que la population subisse les premières irradiations pour pouvoir prétendre à l'exercice d'un recours ? ».

C'est ensuite le juge de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) qui fut appelé à se prononcer sur le principe de précaution à l'occasion de l'affaire des hormones. Il refusa alors de lui reconnaître l'autorité d'une règle générale qui aurait été de nature à lui donner effet en droit de l'OMC[22]. Là où les Communautés européennes y voyaient « une règle coutumière générale du droit international » ou du moins « un principe général de droit » à la lumière duquel les règles du GATT devaient être interprétées, les États-Unis considéraient que le « principe de précaution » était tout au plus une « approche » ; le Canada considérait de son côté que le principe de précaution ne faisait « pas encore partie intégrante du droit international public » mais que le « concept » ou l'« approche de précaution » était « un principe de droit naissant » qui pourrait devenir un jour l'un des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées au sens de l'article 38(1)(c) du Statut de la Cour internationale de justice »[23]. Face à des positions si contrastées, l'Organe d'appel adopta une attitude de retrait. Il releva que

---

[19] Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement ? », 890.

[20] Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH), *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, requête no. 22110/93, Arrêt, 26 août 1997.

[21] Ph. Frumer, « Protection de l'environnement et droits procéduraux de l'homme : des relations tumultueuses ? », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 36, 1998, 819.

[22] *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) – Ab-1997-4,* Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 18 jan. 1998, para. 123.

[23] *Ibid.*

> Le statut du principe de précaution dans le droit international continue de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges. Certains considèrent que le principe de précaution est devenu un principe général du droit international coutumier de l'environnement. La question de savoir s'il est largement admis par les Membres comme principe de droit international coutumier ou général est moins claire. Nous estimons, toutefois, qu'il est superflu, et probablement imprudent, que l'Organe d'appel prenne position dans le présent appel au sujet de cette question importante, mais abstraite. Nous relevons que le Groupe spécial lui-même n'a pas établi de constatation définitive concernant le statut du principe de précaution dans le droit international et que le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité.

La position de l'Organe d'appel est ambiguë. Il considère qu'il est « superflu, et probablement imprudent » qu'il prenne position sur la question de son autorité en droit international mais prend néanmoins partie en affirmant que le principe « du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité » ce qui ne fut pas sans conséquences dans la mesure où l'objet de l'affaire des hormones était sanitaire et non pas environnemental. Pour étayer son affirmation, l'Organe d'appel s'est en outre référé, dans une note de bas de page, à l'arrêt rendu par la Cour internationale dans l'affaire du barrage sur le Danube. Il releva que quoique de nouvelles normes puissent être nées en droit international de l'environnement de leur réitération dans un nombre élevé d'instrument, la CIJ n'avait pas mentionné le principe de précaution parmi celles-ci ; « [e]lle n'a pas non plus déclaré que ce principe pouvait l'emporter sur les obligations du traité entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie du 16 septembre 1997 relatif à la construction et au fonctionnement du système d'écluses de Gabcíkovo-Nagymaros ». Ainsi, le manque d'audace de la Cour dans le champ même de l'environnement confortait la position prudente de l'Organe d'appel dans le champ sanitaire.

Chronologiquement, c'est ensuite devant le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) que le principe de précaution a été invoqué, toujours par la partie demanderesse. Les juges se montrèrent plus ouverts. En 1999, tout d'abord, dans les affaires du thon à nageoire bleue, le Tribunal énonça dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires que « les parties devraient [...] agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves »[24]. La formule est reprise et développée trois ans plus tard dans l'ordonnance sur les mesures conservatoires dans l'affaire de l'usine Mox ; le TIDM indique cette fois, que « la prudence et la précaution exigent que

[24] TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*, Ordonnance mesures conservatoires, 27 août 2012, para. 77.

l'Irlande et le Royaume-Uni coopèrent [...] »[25]. La référence à la précaution fait écho à la première, mais est source désormais d'obligation, ce dont témoigne le passage de « devraient » à « exige ». Pourtant, dans le même temps, le TIDM rejette la demande irlandaise d'application du principe de précaution et refuse d'ordonner les mesures conservatoires qu'elle demande. L'absence de référence explicite à un principe et l'assimilation de la « prudence » à la « précaution » pouvait, en outre, être interprétée comme une manière de refus du Tribunal de consacrer un tel principe. Le TIDM inscrit malgré tout assez clairement ses deux ordonnances dans une démarche de précaution[26]. Il est à noter de ce point de vue que les affaires du thon à nageoire bleue étaient bien davantage marquées par un contexte d'incertitude. Le contexte de l'affaire Mox est complètement différent, appelant davantage une approche de prévention que de précaution proprement dite[27]. Ultérieurement, dans son ordonnance en l'affaire des Travaux de poldérisation, le TIDM abandonna la référence à la précaution pour viser la « circonspection et la prudence »[28].

Les deux affaires Mox et Thon à nageoire bleue venaient poser la question de la pertinence et de la portée du principe de précaution au stade de l'indication des mesures conservatoires. De ce point de vue, Maurice Kamto a critiqué l'ordonnance rendue dans les affaires du Thon, considérant que le TIDM appliquait l'approche de précaution sans trop de précisions, ce « parti pris le conduisa[n]t inévitablement à s'attaquer, fût-ce indirectement, aux questions de fond » et à rendre une «décision provisoire sur le fond »[29]. Sur ce point, l'ordonnance de 1999, dont la formule sera reprise en 2001, manquait en effet de clarté et a suscité des lectures contradictoires, y compris au sein du TIDM, les divergences entre les juges expliquant vraisemblablement la formule de compromis. Pour certains, comme le Juge Treves, l'ordonnance de 2001 attestait non pas du rejet du principe de précaution au stade des mesures conservatoires, mais de l'insuffisance des

---

[25] TIDM, *Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, Ordonnance, mesures conservatoires, 3 déc. 2001, para. 84.

[26] Cf. le para. 80, « bien qu'il ne saurait évaluer de manière concluante les éléments de preuve scientifiques qui lui ont été soumis, le Tribunal estime que des mesures conservatoires devraient être prises d'urgence afin de préserver les droits des parties et d'éviter une détérioration plus grande de l'état du stock du thon à nageoire bleue », ainsi que l'opinion individuelle du Juge Laing et la déclaration collective des Juges Wolfrum, Caminos, Marotta Rangel, Yankov, Anderson et Eiriksson.

[27] M. Kamto, « Regard sur la jurisprudence du Tribunal international de droit de la mer depuis son entrée en fonctionnement (1997-2004) », *Revue Générale de Droit International Public*, 109(4), 2005, 823.

[28] TIDM, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, Ordonnance, mesures conservatoires, 8 oct. 2003, para. 99.

[29] Kamto, « Regard sur la jurisprudence », 801.

éléments fournis par les parties au sujet des risques pour le milieu marin[30]. Pour d'autres, elle marquait au contraire le rejet implicite du principe de précaution, qui ne pouvait être examiné qu'avec le fond de l'affaire. Selon le Juge Wolfrum, la compétence du Tribunal est, en effet, limitée au stade des mesures conservatoires ; l'organe ne peut procéder à une évaluation des preuves documentaires présentées par les deux parties. En outre, de telles mesures présentent par définition un caractère exceptionnel, alors que l'approche irlandaise les aurait rendues presque automatiques[31]. S'il est incontestable que, dans le cadre de la procédure incidente très particulière des mesures conservatoires, le principe de précaution ne peut jouer qu'à titre très exceptionnel, il nous semble qu'on ne peut pas exclure complètement son application à ce stade, dès lors tout au moins qu'on reconnaît qu'il est inscrit dans le droit positif.

Le principe de précaution fut à nouveau invoqué devant le juge de l'OMC à l'occasion de l'affaire des produits biotechnologiques. Le rapport du Groupe spécial, rendu en septembre 2006, rappela les conclusions auxquelles avait abouti l'Organe d'appel dans l'affaire des hormones quelques années auparavant[32]. Le Groupe spécial admit sans difficulté que, s'il s'agissait d'une règle coutumière ou d'un principe général du droit international, le principe de précaution pourrait être considéré comme une « règle de droit international » au sens de l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et donc devrait être pris en compte à ce titre[33]. Il remarqua toutefois qu'il n'existait toujours « aucune décision faisant autorité prise par une cour ou un tribunal international qui reconnaisse le principe de précaution en tant que principe de droit international général ou coutumier ». Le Groupe spécial cita en note les opinions individuelles des juges Treves et Laing dans les affaires du thon à nageoire bleue devant le TIDM, mais il releva que « [d]'autres cours et tribunaux, qui se sont récemment trouvés devant cette question, ont évité de se prononcer » et que « les précédents judiciaires venant du droit interne sont incertains ou en train d'évoluer ».

Le principe de précaution a fait ainsi pendant plusieurs années effet de « patate chaude » entre juridictions internationales, qu'elles se sont passées de l'une à

---

30 Opinion individuelle du Juge Treves.

31 Opinion individuelle du Juge Wolfrum.

32 OMC, *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques, (États-Unis, Canada, Argentine c. Communautés européennes)*, Aff. DS291 et DS292, Rapport du Groupe spécial du 29 septembre 2006, 384.

33 La démarche de l'Organe d'appel reprit la motivation développée dans la décision *Crevettes* pour l'identification des « principes généraux du droit international » et leur prise en compte au titre de l'article 31(3) (c). *Cf. Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 oct. 1998, 67.

l'autre, chacune refusant de statuer sur son autorité au prétexte que les autres ne l'avaient pas davantage fait[34].

1.2. *La prise en compte progressive du principe de précaution*

En 2009, un premier changement d'ampleur s'est produit avec l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Tatar c. Roumanie*. S'appuyant sur la Déclaration de Rio, la Cour énonce d'abord que « le principe de précaution recommande aux États de ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique ou technique »[35]. Se référant au droit communautaire, elle rappelle ensuite

> [L]'importance du principe de précaution (consacré pour la première fois par la Déclaration de Rio), qui 'a vocation à s'appliquer en vue d'assurer un niveau de protection élevée de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des activités de la Communauté'[36].

Elle souligne que son introduction dans le Traité de Rome par le Traité de Maastricht (art. 130.R devenu 191 du TFUE) « marque, au niveau européen, l'évolution du principe d'une conception philosophique vers une norme juridique » tandis que « La Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE ») considère ce principe, à la lumière de l'article 17(2), 1er alinéa, CE, comme l'un des fondements de la politique de protection d'un niveau élevé poursuivie par la Communauté dans le domaine de l'environnement ». La Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) cite aussi la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans son analyse du droit applicable. Elle se réfère plus particulièrement au passage de l'arrêt de la Cour internationale en l'affaire du barrage sur le Danube dans lequel celle-ci « reconnaît [...] la nécessité de se soucier sérieusement de l'environnement et de prendre les mesures de précaution qui s'imposent [...] ». On notera d'ailleurs que la Cour EDH a pris quelques libertés avec les précédents en employant une citation tronquée. La CIJ reconnaissait que « les Parties s'accordent sur la nécessité de se soucier sérieusement de l'environnement et de prendre les mesures de précaution qui s'imposent »[37], ce qui constitue une précision importante lorsqu'on cherche à savoir si elle a reconnu au principe une autorité coutumière.

---

[34] Cf. S. Maljean-Dubois, « Le spectre de l'isolation clinique: quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux? », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2, 2008.

[35] Cour EDH, Affaire *Tătar c. Roumanie*, Requête no. 67021/01, Arrêt, 27 jan. 2009, para. 109.

[36] *Ibid.*, para. 120.

[37] *Ibid.*, para. 164.

L'année suivante, en 2010, dans l'affaire des usines de pâte à papier, la Cour internationale de Justice évoque à nouveau la précaution considérant qu'une « approche de précaution » « peut se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du statut » du fleuve Uruguay[38]. La décision de la Cour n'informe toutefois pas sur le caractère coutumier du principe. Les deux parties étaient là encore d'accord pour considérer que la Cour devait interpréter le statut selon une approche de précaution, même si elles différaient sur les conséquences que les juges devaient en tirer.

Le 1er février 2011, une seconde étape, plus décisive encore, a été franchie avec l'avis très audacieux de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins[39]. Appelée notamment à se prononcer sur la question de savoir si les États sont tenus de respecter une approche de précaution lorsqu'ils patronnent une entreprise qui procède à des activités d'exploration ou d'exploitation dans la Zone, y compris hors du champ des deux règlements relatifs à la prospection et l'exploration des nodules polymétalliques et des sulfures polymétalliques qui la mentionnent expressément, la Chambre constate qu'« il est approprié de souligner que l'approche de précaution fait aussi partie intégrante des obligations de diligence requise incombant aux Etats qui patronnent, laquelle est applicable même en dehors du champ d'application des Règlements relatifs aux nodules et sulfures »[40]. La *due diligence* étant une obligation coutumière consacrée notamment par la CIJ dans son arrêt usines de pâtes à papier et l'approche de précaution faisant partie de la *due diligence*, on en déduit que la précaution est obligatoire en tant qu'elle découle d'une règle coutumière. CQFD… La conséquence est évidente : « [l]'obligation de diligence requise exige des Etats qui patronnent de prendre toutes les mesures appropriées afin de prévenir les dommages qui pourraient résulter des activités des contractants qu'ils patronnent », y compris dans les « situations où les preuves scientifiques quant à la portée et aux effets négatifs éventuels des activités concernées sont insuffisantes, mais où il existe des indices plausibles de risques potentiels »[41].

Pour parvenir à cette conclusion, la Chambre s'appuie sur divers éléments qui pris isolément ou même comme un tout ne suffisent pas à prouver le bien-fondé de cette solution mais constituent un faisceau d'indices.

Elle mentionne d'abord l'ordonnance rendue par le TIDM le 27 août 1999 dans les affaires du Thon à nageoire bleue dans laquelle le Tribunal a, comme il a été

---

38 CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Arrêt, CIJ Recueil 2010, para. 164.

39 TIDM, *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins)*, Aff. No. 17, Avis consultatif, 1er fév. 2011.

40 *Ibid.*, para. 131.

41 *Ibid.*

rappelé plus haut, retenu une approche de précaution sans pourtant s'être référé à un principe qui la sous-tendrait[42]. Cette décision a cependant été prise dans le cadre particulier d'une ordonnance en réponse à une demande d'indication de mesures conservatoires. Or, à ce stade de la procédure la précaution s'impose davantage encore qu'à celui du fond[43]. En outre, le tribunal s'est par la suite montré très prudent vis-à-vis du principe de précaution même s'il est vrai que, par-delà les mots, il a invité chaque fois les parties à observer une approche de précaution.

La Chambre se fonde, ensuite, sur le fait qu'il existe une clause type pour les contrats d'exploitation dans le règlement sulfures de 2010 précité selon laquelle « Le Contractant prend les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin et les autres dangers découlant pour ce milieu de ses activités dans la Zone en appliquant le principe de précaution ainsi que les meilleures pratiques écologiques » et partant du constat selon lequel « l'approche de précaution (appelée « principe » dans le texte français de la clause contractuelle type) constitue une des obligations contractuelles des contractants patronnés dont l'Etat qui patronne doit veiller à l'observation »[44]. Mais là aussi, comme le remarque la Chambre « Il n'est fait aucune référence à l'approche de précaution dans la disposition parallèle des clauses types correspondantes applicables aux contrats d'exploration dans l'article 5, paragraphe 1, de l'annexe 4 au Règlement relatif aux nodules », lequel est un texte plus ancien, datant de 2000 et non de 2010. On ne pouvait donc guère a priori en extrapoler une obligation plus générale. Pourtant, la Chambre ajoute

> Toutefois, aux termes de l'obligation générale décrite au paragraphe 131, l'Etat qui patronne doit prendre des mesures dans le cadre de son propre système juridique, afin d'obliger les contractants patronnés à adopter une telle approche.

Là encore, elle est peu convaincante. Son raisonnement est circulaire : elle justifie l'inclusion de l'obligation de précaution dans la *due diligence* par le fait . . . qu'elle est incluse dans l'obligation de *due diligence*.

En troisième et dernier lieu, la Chambre avance le fait que le principe de précaution est une norme coutumière émergente. Elle note que

> l'approche de précaution a été incorporée dans un nombre croissant de traités et autres instruments internationaux, dont beaucoup reflètent la formulation du Principe 15 de la Déclaration de Rio. De l'avis de la Chambre, ceci a créé un mouvement qui tend à incorporer cette approche dans le droit international coutumier. Cette tendance est manifestement renforcée par l'inclusion de l'approche de précaution

---

42 TIDM, *Affaire du thon à nageoire bleue*, 274, paras. 77, 79 et 80.

43 Voir en ce sens l'opinion individuelle du Juge Treves dans l'*Affaire du thon à nageoire bleue* : « l'approche de précaution me semble être inhérente à la notion même de mesures conservatoires ».

44 TIDM, *Responsabilités et obligations des Etats,* Avis Consultatif, para. 133.

> dans les Règlements relatifs aux nodules et aux sulfures et dans la 'clause type' de l'article 5, paragraphe 1, de l'annexe 4 au Règlement relatif aux sulfures. Elle l'est aussi par la déclaration ci-après énoncée au paragraphe 164 de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, où il est précisé qu' 'une approche de précaution [...] peut se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du Statut' (c'est-à-dire le traité bilatéral relatif à la protection de l'environnement dont l'interprétation était le principal sujet de litige entre les parties). Cet énoncé peut être examiné dans le contexte de l'article 31, paragraphe 3, lettre c), de la Convention de Vienne, aux termes duquel l'interprétation d'un traité doit prendre en compte non seulement le contexte, mais aussi 'toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties'[45].

La référence à l'arrêt de la CIJ était une forme de détournement puisque, comme souligné auparavant, les deux parties étaient d'accord dans cette affaire pour considérer que la Cour devait interpréter le statut selon une approche de précaution. L'accord des parties dispensait la Cour de devoir s'interroger sur le caractère coutumier ou non du principe de précaution. En outre, si la Cour a reconnu qu'une approche de précaution pouvait « se révéler pertinente » pour interpréter et appliquer le traité au centre de l'affaire, elle n'en a tiré concrètement aucune conséquence. Enfin, force est de constater qu'une norme coutumière émergente ... n'est pas (encore) une norme coutumière !

Toujours est-il que l'avis de la Chambre du TIDM marque de ce point de vue une nouvelle étape ; les juridictions internationales appelées à statuer sur le principe de précaution pourront faire fond sur cette reconnaissance et poursuivre le dialogue des juges qui ne fait que débuter en la matière. Les décisions évoquées témoignent de la « bénévolence » des juges dans le champ de l'environnement, qui s'inspirent mutuellement les uns des autres[46]. Le pas franchi par la Chambre du TIDM pourrait marquer la fin d'un tabou pour les juridictions internationales. Ce changement pourrait au demeurant être facilité par le fait que la Chambre tient comme synonymes approche et principe de précaution :

> l'approche de précaution (appelée « principe » dans le texte français de la clause contractuelle type que l'on vient de citer) constitue une des obligations contractuelles des contractants patronnés dont l'Etat qui patronne doit veiller à l'observation[47].

La Chambre emploie elle-même indistinctement les deux[48]. La distinction méritait, il est vrai, d'être relativisée. On notera à cet égard que certains instruments, nationaux ou internationaux, se réfèrent au « principe de précaution », d'autres à l'« approche de précaution », la « méthode de précaution » ou encore aux

---

45 *Ibid.*, para. 135.

46 G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : Eloge de la 'bénévolence' des juges », *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, 4, 2005, 799.

47 TIDM, *Responsabilités et obligations des Etats*, Avis Consultatif, para. 133.

48 *Ibid.*, para. 136.

« mesures de précaution ». Certains ont déploré ces flottements sémantiques[49]. En réalité, ces expressions sont généralement choisies à dessein[50]. Ceux qui refusent un caractère coutumier et général au principe de précaution peuvent accepter que dans certains cas il soit obligatoire de suivre une approche de précaution ou d'adopter des mesures de précaution… En pratique, toutefois, la distinction s'avère essentiellement symbolique.

2. Éclairages jurisprudentiels sur le contenu et les implications du principe de précaution

Le caractère très général du principe de précaution n'est pas en soi incompatible avec son application par un juge international, qui grâce à son pouvoir d'interprétation peut en préciser le contenu et les conditions de réalisation. Dans un tel contexte, l'interprétation revêt, il est vrai, les traits d'un acte de volonté dépassant le simple acte de connaissance[51] ; le pouvoir créateur du juge est d'autant plus large que la norme est imprécise. Mais là n'est pas un empêchement à statuer comme le montre par exemple la jurisprudence de la CIJ relative aux principes équitables dans les délimitations maritimes. L'obstacle est tout autre ; il tient au caractère controversé de la formulation même du principe et de ses implications. Pierre-Marie Dupuy relevait en 1997 que

> [c]e qui entrave sans doute la consécration définitive du principe de précaution comme norme de droit international général tient à […] l'absence de définition univoque de son contenu [et donc à] la difficulté qu'il y a à cerner ses implications concrètes et ses répercussions économiques, à définir à vrai dire, dans chaque cas considéré[52].

Les quinze années qui nous séparent de cette constatation ont vu les juridictions internationales contribuer à éclairer le contenu et les implications du principe de précaution. En quoi leur jurisprudence favorise-t-elle, pour reprendre l'expression de Pierre-Marie Dupuy, la « consécration définitive » du principe de précaution comme norme coutumière ?

---

[49] Conseil national de l'alimentation (France), *Rapport et avis sur le principe de précaution et la responsabilité dans le domaine alimentaire*, Avis no. 30, 20 sept. 2001, 2.

[50] S. Maljean-Dubois, « Relations entre normes techniques et normes juridiques : illustrations à partir de l'exemple du commerce international des produits biotechnologiques », in E. Brosset & E. Truilhé-Marengo (dir.), *Les enjeux de la normalisation internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, 199-231.

[51] D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, 121ss.

[52] Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement ? », 889.

2.1. *Quelles obligations pour les États ?*

La Cour internationale de Justice n'a pas énoncé de conséquences concrètes du principe de précaution dans l'affaire des usines de pâte à papier, bien qu'elle a reconnu qu'il pouvait être utile pour interpréter et appliquer le traité de 1975[53]. Le principe de précaution ne serait-il ainsi, pour reprendre l'expression de Vaughan Lowe, qu'une « norme interstitielle » un méta principe participant à la mise en cohérence des autres normes, soit un principe qui n'a pas pour destinataires les sujets de droit, mais peut être mobilisé par le juge dans son interprétation des règles primaires[54] ? Ce serait réduire le principe

> à un outil purement herméneutique à la disposition de l'interprète et conférant à ce dernier une large marge de manœuvre dans l'administration de sa tâche, mais dépourvu d'indépendance normative et ne pouvant dès lors venir encadrer, en tant que tel, le comportement des sujets de droit[55].

Or le principe de précaution a également une vocation prescriptive mais dont (en raison de sa généralité et de son abstraction) le seuil de normativité ne peut être atteint que par une concrétisation ultérieure, et notamment par un processus juridictionnel ou par la définition de règles d'application. C'est ce que la Cour européenne des droits de l'homme semble signifier lorsqu'elle indique que le principe « recommande aux États de ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique ou technique »[56]. La Cour de justice de l'Union européenne en infère également des conséquences très concrètes lorsqu'elle affirme, par exemple, que le principe « impose »

> aux autorités concernées de prendre, dans le cadre précis de l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par la réglementation pertinente, des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques[57].

Le principe s'accompagne ainsi d'obligations positives pour les États membres et les institutions de l'Union[58].

---

53 CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, para. 164.

54 V. Lowe, « Sustainable Development and unsustainable agreements », in A. Boyle & D. Freestone (dir.), International Law and Sustainanble Development. Past, Achievements and Future Challenges, Oxford, Oxford University Press, 1999, 31.

55 A propos du principe de développement durable, V. Barral, *Le développement durable en droit international : essai sur les incidences juridiques d'un concept évolutif*, Thèse European University Institute, mai 2007, 234.

56 Cour EDH, Affaire *Tătar c. Roumanie*, para. 109.

57 Tribunal de première instance des Communautés européennes, *Solvay Pharmaceuticals BV contre Conseil de l'Union européenne*, voir note 4 ci-dessus.

58 Cf. Résolution du conseil européen de Nice sur le recours au principe de précaution, 7-10 déc. 2000.

À l'échelle universelle, la voie de la concrétisation du principe de précaution a été également récemment ouverte par la Chambre du Tribunal international du droit de la mer pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins qui, dans son avis de 2011, s'est attachée à en préciser plusieurs conséquences pratiques. La Chambre considère d'abord que l'Autorité sera amenée à reprendre ou développer les dispositions relatives à cette approche dans sa réglementation des activités d'exploitation ou des activités concernant des minéraux de types différents, pour compléter la référence à l'approche de précaution mentionnée dans les deux Règlements s'y référant, qui concerne plus particulièrement les activités prévues par ceux-ci, à savoir la prospection et l'exploration des nodules polymétalliques et des sulfures polymétalliques[59]. La Chambre indique ensuite que, pour les États, le respect d'une approche de précaution s'accompagne de plusieurs obligations positives. L'approche de précaution, en tant qu'elle fait partie de l'obligation de diligence requise, oblige, en premier lieu, chaque Etat à procéder à une évaluation de l'impact potentiel sur l'environnement des activités conduite sous sa juridiction[60], ce qui suppose qu'il mette en place des procédures et mécanismes d'évaluation adéquats. En second lieu, l'approche de précaution a pour conséquence que les Etats sont tenus d'anticiper les risques même incertains en établissant un cadre législatif et réglementaire qui contraigne non seulement les autorités publiques mais également les personnes privées placées sous leur juridiction à se conformer elles-mêmes à cette approche. Ainsi, s'agissant de l'exploration et de l'exploitation des fonds marins « l'Etat qui patronne doit prendre des mesures dans le cadre de son propre système juridique, afin d'obliger les contractants patronnés à adopter une telle approche »[61]. Il y a là une obligation à double détente : l'obligation internationale (de l'État) se répercute par ricochet sur les personnes privées par l'intermédiaire de la réglementation nationale de chaque Etat ; à l'origine verticale, l'obligation se mue ainsi en obligation horizontale applicable y compris dans les relations entre sujets internes.

La Chambre, dans son exégèse du principe de précaution, s'inspire très directement du Principe 15 de la Déclaration de Rio. En effet, l'article 31, paragraphe 2, du Règlement relatif aux nodules et l'article 33, paragraphe 2, du Règlement relatif aux sulfures requièrent tous les deux que l'Autorité et l'Etat qui patronne « appliquent des mesures de précaution, conformément au principe 15 de la Déclaration de Rio » en vue de « protéger efficacement le milieu marin contre les effets nocifs qui pourraient résulter des activités menées dans la Zone ». Il est de ce point de vue intéressant de voir la force normative[62] que peut produire la Déclaration de Rio, bien que non obligatoire. C'est ici un instrument obligatoire

---

59 TIDM, *Responsabilités et obligations des Etats*, Avis Consultatif, para. 130.
60 *Ibid*., paras. 142 et 145.
61 *Ibid*., para. 134.
62 C. Thibierge, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009.

qui y renvoie et par ce renvoi explicite la proposition normative que contient son principe 15 acquiert un caractère obligatoire.

S'agissant du champ de l'approche de précaution, la Chambre, se référant à plusieurs reprises au principe 15 de la Déclaration Rio, en limite classiquement la portée aux « risques de dommages graves ou irréversibles ». Elle précise en outre que les mesures de précaution doivent être appliquées par les Etats « selon leurs capacités ». Pour la Chambre, « la première phrase du principe 15 implique des variations possibles dans l'application de l'approche de précaution au vu des capacités respectives de chaque Etat »[63]. Ce critère de la capacité des États a été identifié de longue date comme venant déterminer *a posteriori* dans quelle mesure elle sera applicable, à la différence des autres critères de la précaution (le risque, le dommage et l'incertitude scientifique) qui eux justifient a priori l'application de la précaution[64]. Il fait entrer un facteur subjectif dans l'appréciation du principe de précaution, tenant au niveau des connaissances scientifiques et aux capacités techniques de chaque État. Il introduit, ainsi « une dose de rationalité et de raisonnable »[65] inhérente à l'idée même de précaution et nécessaire à sa réalisation. Mais il n'en demeure pas moins que tout État est obligé d'agir quoiqu'à sa mesure. L'obligation s'impose à tous les États mais son contenu est variable en fonction du niveau de développement de chacun. Ainsi résumé, le principe de précaution flirte avec le principe, pourtant bien différent, de prévention, pour son origine commune dans la *due diligence*, mais également avec le principe des responsabilités communes mais différenciées, dont il se distingue par son caractère contraignant.

2.2. *Quelles implications processuelles ?*

D'une manière générale, dans le contentieux international, le « risque de la preuve » est réparti. Il repose sur le demandeur ou, pour les exceptions, sur celui qui entend s'en prévaloir selon la règle bien établie *actori incumbit probatio*[66]. Le principe de précaution autorise-t-il une exception ? Impose-t-il un assouplissement – voire un renversement – de la charge de la preuve ? Pierre-Marie Dupuy émettait les plus grand doute à cet égard en 1997 :

> [L]es incertitudes qui pèsent ainsi sur le contenu même de la notion interdisent en tout état de cause qu'on puisse en inférer le renforcement de la charge de la preuve, au détriment de celui qui, désormais, soutiendrait qu'une activité déterminée serait non substantiellement dommageable à l'environnement[67].

---

63 TIDM, *Responsabilités et obligations des Etats,* Avis Consultatif, para. 128.
64 L. Boisson de Chazournes, « Le principe de précaution », 82.
65 *Ibid.*
66 C. Santulli, *Droit du contentieux international,* Paris, Montchrestien, 2005, 499.
67 Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement ? », 890.

Cette affirmation demeure vraie aujourd'hui, quoique le contenu de l'obligation soit devenu moins nébuleux.

La question de l'effet du principe de précaution sur la preuve s'étant posé en pratique, quelques juges internationaux ont à titre individuel, exprimé l'opinion selon laquelle le principe devrait avoir pour effet un renversement de la charge de la preuve au profit du demandeur. Le juge Wolfrum a, par exemple, affirmé dans son opinion individuelle sous l'ordonnance du TIDM du 3 décembre 2001 relative à l'affaire de l'*Usine Mox* qu'

> [i]l n'y a pas d'accord général quant aux conséquences de l'application de ce principe, si ce n'est que la charge de la preuve concernant l'impact possible d'une activité donnée est renversée. Il appartient à l'Etat qui désire entreprendre ou poursuivre une activité particulière de prouver que celle-ci ne causera aucun dommage, et non à l'autre partie de prouver qu'elle en causera[68].

Dans le même sens, le juge Zupančič, dans une opinion concordante sous l'arrêt *Băcilă c. Roumanie* de la Cour européenne des droits de l'homme, a souligné que

> [L]e principe de précaution n'a d'autre finalité qu'un simple renversement de la charge de la preuve. Si la théorie du principe de précaution peut sembler compliquée à beaucoup, elle n'est intrinsèquement rien d'autre du point de vue juridique qu'une présomption réfragable (*presumptio juris*)[69].

A ce jour, toutefois, aucune juridiction internationale n'a jamais inféré de telles conséquences du principe ou de l'approche de précaution sur les règles d'administration de la preuve. Au contraire, dans l'affaire de l'Usine Mox, en 2001, le TIDM, bien qu'ayant reconnu la pertinence de l'approche de précaution, n'a pas accepté d'ordonner à titre conservatoire le gel de la construction par le Royaume-Uni d'une usine MOX à Sellafield, au motif que l'Irlande n'avait pas apporté des éléments de preuve suffisants au soutien de sa prétention[70]. Partant, il n'a pas semblé considérer que le principe de précaution pouvait jouer, comme le revendiquait le demandeur, comme un mécanisme de renversement de la charge de la preuve. C'est bien l'Irlande qui a supporté le « risque du doute »[71]. Parmi les juges, le Juge Szekeli a d'ailleurs exprimé le regret que le Tribunal accorde le « bénéfice du doute » au Royaume-Uni[72]. En cohérence avec la pratique de la CIJ et du TIDM, le Tribunal arbitral du droit de la mer saisi sur le fond de cette même affaire, a, de son côté, explicitement considéré que la charge de la preuve reposait

---

[68] Voir aussi l'opinion du juge Laing sous l'ordonnance rendue le 27 août 1999 par le TIDM dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*.

[69] Cour EDH, *Băcilă c. Roumanie*, requête no. 19234/04, Arrêt, 30 mars 2010, para. 4 de l'opinion.

[70] TIDM, *Affaire de l'Usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni)*, paras. 53-55.

[71] Santulli, *Droit du contentieux international*, 502.

[72] Voir son opinion individuelle.

sur l'Irlande[73]. Le Tribunal arbitral constitué sur le fondement de la Convention OSPAR pour connaître d'aspects connexes à cette affaire a adopté une position identique quelques jours plus tard ; elle fut critiquée par l'arbitre Griffith dans une opinion dissidente jointe à la sentence[74]. De son côté, la Cour internationale de Justice a également réfuté la thèse de l'Argentine tendant au renversement du fardeau de la preuve dans l'affaire des usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay[75]. Le juge de l'Union européenne qui tient le principe de précaution pour principe général du droit de l'Union européenne ne l'admet pas davantage[76], non plus que la Cour européenne des droits de l'homme, qui est pourtant une des rares juridictions internationales à avoir déduit du principe de précaution des obligations positives à la charge des États[77].

Une évolution est-elle encore envisageable ou même souhaitable ? D'un point de vue rationnel, tout d'abord, il faut dire, avec Philippe Weckel, que « [p]résenté [...] comme un mécanisme de renversement de la charge de la preuve jouant automatiquement, le principe de précaution ne serait pas admissible »[78]. La preuve de l'absence de risque étant, en cas d'incertitude scientifique, plus difficile à rapporter que celle de son existence, l'imposer de manière aussi systématique pourrait conduire, *probatio diabolica*, « à l'attentisme et au blocage du progrès technologique, tout en cristallisant les oppositions à la mise en œuvre du régime de précaution »[79]. Un tel résultat ne ferait que jeter un peu plus la suspicion sur un principe déjà controversé. Il pourrait même se retourner contre l'objectif du développement durable, qui suppose, à l'inverse, de concilier approche de prudence et développement économique[80]. Pourtant, si le principe de précaution ne peut conduire à un renversement systématique de la charge de la preuve, ne pourrait-il voire ne devrait-il pas justifier, une meilleure répartition du fardeau entre

---

73 Cour Permanente d'Arbitrage (PCA), *Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and Article 1 of Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the Dispute Concerning the MOX Plant, International Movements of Radioactive Materials, and the Protection of the Marine Environment of the Irish Sea, The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Ordonnance no. 3, 24 juin 2003, para. 41.

74 CPA, *Différend entre l'Irlande et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)*, sentence définitive, décision du 2 juillet, voir 86, para. 72ss.

75 *Ibid*., paras. 160-164.

76 Cf. TPICE, *Pfizer Animal Health SA*, Aff. T-13/99, 11 sept. 2002, Rec. II, 3305, paras. 136-148 et 164-173.

77 Cf. Cour EDH, *Tătar c. Roumanie*, para. 105.

78 P. Weckel, « Les première applications de l'article 290 de la convention sur le droit de la mer relatif à la prescription de mesures conservatoires », *Revue Générale de Droit International Public,* 109 (4), 2005, 829.

79 J. Cazala, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, LGDJ/Anthemis, 2006, 417.

80 Cf. à cet égard, la plaidoirie de Stephen McCaffrey, CR/2009/22, 33ss.

les États parties à une instance internationale[81] ? Rien n'empêche par ailleurs certaines conventions d'organiser dans leur champ d'application un renversement de la charge de la preuve[82]. D'un point de vue pratique, ensuite, le besoin d'une évolution du droit processuel vers un renversement de la charge de la preuve se fait nettement moins sentir aujourd'hui en raison du développement des obligations positives qui pèsent désormais sur les États pour la réalisation du principe de précaution. Si l'on suit l'avis du TIDM, l'attitude de précaution fait partie des obligations de diligence due et s'accompagne en conséquence, de même que le principe de prévention, d'obligations de faire pour les États : la preuve est en conséquence allégée. Non pas dans la charge à proprement dite, mais dans ce qu'il appartient au plaignant de prouver : preuve doit être rapportée non pas de l'existence d'un risque mais que l'État n'a pas mis en place le cadre législatif et règlementaire qui lui aurait permis d'être averti de celui-ci, d'en mesurer la probabilité et la gravité, et de prendre les mesures destinées à éviter qu'il se réalise. La preuve d'un tel manquement ne présente pas de difficulté particulière.

Même s'ils n'ont pas entièrement levé le voile sur ce principe quelque peu rétif à la systématisation, les juridictions internationales ont en définitive, par une forme de dialogue constructif, progressivement éclairé le principe de précaution, qu'il s'agisse de son autorité ou de son contenu et de ses implications. Sa nature complexe et composite continue certes de soulever des difficultés[83]. Mais, dans des sociétés marquées par le caractère continu de l'innovation technique, sa « réception [...] dans le droit positif semble tout à fait irrésistible »[84]. Les juges sont appelés à jouer un rôle important dans le développement normatif de cette norme à « texture ouverte »[85]. Dans un tel contexte, le dialogue – ou tout au moins la bénévolence – des juges a été et peut encore être d'un grand secours, y compris entre juges internationaux, juges de l'Union européenne et juges nationaux, dont les rencontres avec le principe de précaution sont de plus en plus fréquentes et dont, par conséquent, la jurisprudence s'enrichit mutuellement et se stabilise de conserve.

---

[81] Y. Kerbrat & S. Maljean-Dubois, « La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* », *Revue Générale de Droit International Public*, 115(1), 2011, 39-75.

[82] Boisson de Chazournes, « Le principe de précaution » 90.

[83] L. Boisson de Chazournes, « Precaution in International Law: Reflection on Its Composite Nature », in T. M. Ndiaye & R. Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes – Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2007, 21.

[84] Ch. Leben, « Introduction », in Leben & Verhoeven (dir.), *Le principe de précaution*, 8.

[85] H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 155.

CHAPITRE QUARANTE-CINQ

LA DIMENSION ENVIRONNEMENTALE DES DROITS DE L'HOMME ENTRE INDIVIDUALISME ET INTÉRÊT COLLECTIF

Francesco Francioni*

I.

La question de savoir si les droits de l'homme constituent l'outil approprié pour répondre à la dégradation croissante de l'environnement ne s'est jamais posée avec autant d'acuité qu'aujourd'hui, et ce pour au moins deux raisons. En premier lieu, les développements contemporains au niveau de traités ont participé à l'élaboration d'un véritable droit pour les individus, communautés et groupes à prendre part aux processus de décisions environnementales susceptibles d'affecter leur vie. Dans les cas où leur environnement subit des répercussions négatives, leur accès à la justice est désormais formulé en termes de « droits de l'homme ». Ce phénomène peut être qualifié de « procéduralisation des droits environnementaux », au sens d'une habilitation individuelle et sociale à participer au processus décisionnel délibératif en matière environnementale, ainsi que dans l'activation de remèdes en réponse aux dommages environnementaux[1]. L'on peut trouver des preuves de cette tendance dans la Convention d'Aarhus de 1998, sur l'Accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement[2], ainsi que dans l'accord parallèle sur la coopération environnementale de l'ALENA[3]. Il convient de ne pas sous-estimer l'importance de ces développements dans la mesure où le

* Professeur de Droit international, Institut Universitaire Européen, Florence. Membre associé de l'Institut de droit international.

[1] Voir C. Redgwell, « Access to Environmental Justice », in F. Francioni, (ed.), *Access to Justice as a Human Right*s, Oxford, 2007, 153ss.; J. Cameron & R. Mackenzie, *Access to Environmental Justice and Procedural Rights in International Institutions*, in A. Boyle & M. Anderson (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 129ss.

[2] Convention sur l'Accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 2161 RTNU 447, 25 juin 1998 (entrée en vigueur : 30 oct. 2001).

[3] Accord parallèle sur la coopération environnementale, 32 ILM 1482, adoptée le 8 sept. 1993 (entrée en vigueur : 1er jan. 1994).

système international relatif au droit de l'environnement se trouve entravé par le manque de mécanismes obligatoires de règlement des différends. Son efficacité s'en voit donc atténuée en comparaison avec le système de droit international économique, qui prévoit, notamment, des procédures obligatoires d'arbitrage en matière d'investissement et des procédures de règlement des différends dans le cadre de l'OMC.

En second lieu, des raisons plus substantielles viennent rappeler la nécessité de réévaluer la question de la nature et de la portée des droits environnementaux. La pratique récente a montré que, dans certains contextes socioculturels, la protection de l'environnement naturel était une condition *sine qua non* à la jouissance des droits humains par les membres des groupes ou communautés concernés. Témoignent de l'apogée de cette tendance la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones[4] et la Charte de Banjul des droits de l'homme et des peuples, dont l'article 24 proclame le droit des peuples africains « à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement »[5].

Mais cette pratique indique-t-elle pour autant que le droit international consacre désormais un droit à un environnement sain et durable ? Comme va le démontrer la discussion qui s'ensuit, l'importante jurisprudence développée à l'échelle internationale par les cours de droits de l'homme et les organes de contrôle et à l'échelle régionale semble aller dans le sens de la reconnaissance d'une dimension environnementale des droits de l'homme, comme suggéré par les engagements inscrits dans divers traités et conventions relatifs à la protection des droits de l'homme. A l'exception de la Charte de Banjul et de la jurisprudence qui s'y affère, ces « droits » liés à l'environnement sont toutefois conçus comme des « droits individuels » développés par extension, via l'interprétation d'autres droits de l'homme expressément reconnus – comme le droit à la vie, à la santé, à la vie privée et familiale – et non comme un droit collectif des communautés affectées par les répercussions néfastes sur l'environnement. Donc, l'idée défendue dans cet article est que, bien que cette approche soit acceptable en

---

[4] Adoptée par la Résolution de l'Assemblée Générale 61/295, le 13 sept. 2007. L'article 29 de la Déclaration aborde expressément les droits environnementaux de la façon suivante : « 1. Les peuples autochtones ont droit à la préservation et à la protection de leur environnement et de la capacité de production de leurs terres ou territoires et ressources. À ces fins, les États établissent et mettent en œuvre des programmes d'assistance à l'intention des peuples autochtones, sans discrimination d'aucune sorte. 2. Les États prennent des mesures efficaces pour veiller à ce qu'aucune matière dangereuse ne soit stockée ou déchargée sur les terres ou territoires des peuples autochtones sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. 3. Les États prennent aussi, selon que de besoin, des mesures efficaces pour veiller à ce que des programmes de surveillance, de prévention et de soins de santé destinés aux peuples autochtones affectés par ces matières, et conçus et exécutés par eux, soient dûment mis en œuvre ».

[5] Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, 1520 RTNU 217, 27 juin 1981 (entrée en vigueur : 21 oct. 1986).

tant que solution provisoire dans le contexte de dommages environnementaux d'une extrême gravité et qui affectent directement les individus, elle n'est pas suffisante pour répondre aux phénomènes de dégradation environnementale en tant que tels et aux effets diffus qu'ils ont sur la société dans son ensemble. Le maintien rigide de cette approche contribue selon nous à l'enfermement de l'idée de « droits de l'homme » dans une perspective individualiste, ignorante du rapport intrinsèque entretenu par les intérêts individuels et ceux collectifs de la société. Il faut donc plaider pour une jurisprudence plus poussée dans le domaine des droits de l'homme, qui reconnaîtrait la dimension collective du droit à un environnement décent et durable comme condition indispensable à la sécurité et au bien-être humains. L'analyse qui s'ensuit va donc chercher à identifier dans quelle mesure le cadre juridique actuel de protection des droits de l'homme permet d'envisager de potentiels progrès quant à la réalisation de ce but.

2.

La première affirmation importante du rapport entre droits de l'homme et protection de la qualité environnementale se trouve dans la Déclaration de Stockholm sur l'Environnement Humain, adoptée en 1972. Le Principe 1 de cette Déclaration, qui résulte de la première conférence des Nations Unies sur l'environnement, proclame que

> [l]'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures.

La formulation *a priori* très simple de ce principe contient tous les éléments permettant d'approcher la protection de l'environnement en termes à la fois écologiques et de droits de l'homme. Il reconnaît que la jouissance de la liberté et de l'égalité par les êtres humains est indissociable de la préservation d'une qualité environnementale de nature à permettre l'accomplissement de la dignité et du bien-être humains. Ces mots ont été formulés dans les termes solennels d'un « pacte », i.e. d'un engagement *erga omnes* à protéger un bien public international, plutôt qu'en termes d'obligations réciproques interétatiques, faisant ainsi écho aux formulations employées dans les traités de droits de l'homme[6]. Il introduit le concept de responsabilité intergénérationnelle en matière de protection et d'amélioration de l'environnement.

---

[6] Ce n'est pas par hasard si six ans plus tôt, les Nations Unies ont adopté les deux traités de droits de l'homme les plus importants sous le nom de « Pactes » : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 RTNU 171, adopté le 16 déc. 1966 (entré en vigueur : 23 mars 1976) ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 999 RTNU 3, adopté le 16 déc. 1966 (entré en vigueur : 23 mars 1976).

Si l'on lit cette déclaration à la lumière des désastres environnementaux imminents, tels que les effets néfastes du changement climatique, dont le niveau menace désormais la sécurité humaine, l'on se rend alors compte que le Principe 1 de la Déclaration de Stockholm contenait une approche innovante, pour ne pas dire révolutionnaire, à savoir que la protection des droits de l'homme et de la dignité humaine passait également par celle de l'environnement[7]. Malheureusement, la diplomatie environnementale n'a, par la suite, pas tenu cette promesse à l'échelle des Nations Unies. Vingt ans après la Déclaration de Stockholm, la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement a abouti à l'adoption d'une déclaration s'éloignant substantiellement de cette idée d'étroite relation entre les droits de l'homme et la protection environnementale. Le Principe 1 de la Déclaration de Rio se limite à proclamer que les êtres humains sont « au centre des préoccupations relatives au développement durable » et qu'ils « ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature ». Cela s'apparente difficilement au langage des droits de l'homme. La principale préoccupation de la Déclaration était la conjugaison de la protection environnementale avec le développement économique et non la protection des droits de l'homme à travers une protection environnementale renforcée. La conciliation de la croissance économique avec la protection environnementale demeure la préoccupation principale de la diplomatie environnementale, même au cours des négociations post-Kyoto sur le réchauffement climatique[8].

Un manque de progrès similaire caractérise la diplomatie des droits de l'homme relative au développement d'un ensemble de droits environnementaux spécifiques. Le travail entrepris fin 1992 par la désormais disparue Sous-Commission des Nations Unies de la lutte contre les discriminations et de la protection des minorités sur un ensemble de principes recouvrant les droits de l'homme et l'environnement se limitait tout d'abord par le caractère de *soft law* (une « déclaration ») de l'instrument en question. De plus, il ne reçut que peu de soutien de la part de la Commission des Droits de l'homme et peu de progrès a depuis été accompli au niveau interétatique vers l'élaboration d'un instrument normatif de ce genre[9]. Actuellement, un intérêt renouvelé pour la question semble animer les initiatives du Haut-Commissaire aux Droits de l'Homme des Nations Unies,

---

[7] Ce potentiel de l'Article 1 a été clairement perçu par certains commentateurs visionnaires de l'époque. Voir en particulier L.B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment », *Harvard International Law Journal*, 14, 1973, 451ss.

[8] Voir la Conférence des Nations Unies sur le Climat qui s'est tenue à Copenhague du 7 au 18 déc. 2009 et la conférence 2012 Rio+20 qui ont mis l'accent sur les outils économiques pour faire face au réchauffement climatique, plutôt que sur les droits de l'homme.

[9] Le Projet de Déclaration sur les Droits de l'Homme et l'Environnement, accompagné du rapport du Rapporteur Spécial F.Z Ksentini Annexe 1, peut être considéré comme l'élaboration du Principe 1 de la Déclaration de Stockholm : il pose, dans le para. 2 que « Toutes les personnes ont le droit à un environnement sûr, sain et écologiquement rationnel. Ce droit, et d'autres droits de l'homme, dont les droits civils, culturels, écono-

qui a produit un rapport en 2011 sur l'interaction entre environnement et droits de l'homme[10], et du Conseil des Droits de l'Homme, qui en 2012 a décidé de nommer un expert indépendant comme rapporteur sur ce sujet[11].

Un certain progrès en vue de l'intégration de considérations environnementales dans le droit existant et la pratique des droits de l'homme a été réalisé aussi au niveau régional. En 2005, le Conseil de l'Europe a adopté un « Manuel sur les droits de l'homme et l'Environnement »[12] qui dresse un bilan de la jurisprudence croissante de la Cour de Strasbourg sur le sujet. Y est fixé un ensemble de principes généraux qui a un impact direct sur la façon dont les litiges impliquant des revendications environnementales sont tranchés lorsqu'ils sont fondés sur des droits spécifiques de la Convention, tels que les droits à la vie, à la propriété, à un procès juste et équitable, ainsi que le droit à une vie privée et familiale. Selon ces principes, 1) les Etats sont toujours obligés de prendre et de mettre en œuvre des mesures pour contrôler les problèmes environnementaux perturbant la jouissance des droits de l'homme reconnus dans la Convention ; 2) les Etats ont l'obligation de fournir l'information relative aux risques graves pour l'environnement, d'assurer la participation du public au processus de décision environnementale et l'accès à la justice environnementale ; 3) la protection environnementale peut constituer un but légitime dans une société démocratique afin de limiter certains droits conventionnels, en particulier le droit à une vie familiale et privée et le droit de propriété ; 4) les autorités nationales disposent d'une marge d'appréciation dans la mise en balance des droits individuels et des préoccupations environnementales[13].

Malgré l'importance indéniable de ces principes dans l'ouverture d'une perspective environnementale pour la mise en œuvre de la Convention européenne de sauvegarde des libertés et droits fondamentaux, le Manuel du Conseil de l'Europe fait preuve d'un certain conservatisme s'agissant du développement progressif d'un ensemble indépendant de droits environnementaux. Très précisément, il pose que « [l]a Convention ne prévoit pas de protection générale de l'environnement en tant que telle et ne garantit pas expressément un droit à un environnement de qualité, paisible et sain »[14]. Cette affirmation est certainement correcte si l'on considère l'intention initiale des rédacteurs de la Convention européenne. Elle

---

miques, politiques et sociaux, sont universels, interdépendants et indivisibles ». UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 juil. 1994.

[10] Conseil des Droits de l'Homme (CDH), *Etude analytique sur les liens entre les droits de l'homme et l'environnement*, UN Doc. A/HRC/19/34, 16 déc. 2011.

[11] CDH, *Les Droits de l'Homme et l'environnement*, UN Doc. A/HRC/RES/19/10, 12 avril 2012.

[12] Comité d'Experts du Conseil de l'Europe pour le Développement des Droits, *Rapport final d'activités sur l'environnement et les droits de l'homme*, 29 nov. 2005, CDDH(2005)016 Addendum II.

[13] *Ibid.*

[14] *Ibid.* 7.

devient toutefois problématique lorsque sont prises en compte les profondes répercussions que les dégradations environnementales ont sur le droit international, la vaste jurisprudence de la Cour européenne durant ces deux dernières décennies[15] et, surtout, la reconnaissance explicite d'un ensemble de principes dans le Manuel sur les valeurs environnementales comme un but légitime, susceptible de limiter la portée des droits conventionnels applicables. Il est difficile de comprendre comment un tel but légitime peut fonctionner de manière effective sans accepter un certain degré d'internalisation des valeurs environnementales au sein du système de droits de l'homme de la Convention.

Dans un contexte plus spécifique, des évolutions peuvent être détectées vers la reconnaissance d'un droit à l'eau tel qu'octroyant un droit spécifique à la qualité et aux ressources environnementales. Dans son Observation générale No. 15, le Comité des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels a reconnu que les Etats avaient l'obligation de garantir la fourniture adéquate en eau potable et son accessibilité, en vertu des Articles 11 et 13 du Pacte des Nations Unies de 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels[16]. Par ailleurs, la Commission économique européenne a encouragé l'adoption d'un Protocole sur l'Eau et la Santé à la Convention de 1992 sur la Protection et l'Utilisation des Cours d'Eau Transfrontières et des Lacs Internationaux[17]. La formulation de ce Protocole en termes de besoins fondamentaux de l'homme a pour effet d'exiger un minimum d'approche « droits de l'homme » dans l'interprétation des instruments internationaux pertinents quant à l'utilisation des cours d'eau transfrontières[18]. Pourrait donc en découler la mise en place d'un critère pour évaluer la légitimité des politiques étatiques qui autorisent une utilisation non durable des ressources hydrauliques, privant les populations affectées de leur accès à une eau potable et aux installations sanitaires. Il est intéressant de noter qu'un tel argument fut utilisé pour fonder la plainte de la population argentine devant la Cour internationale de justice, à l'occasion d'un litige entre l'Argentine et l'Uruguay concernant la légalité de l'autorisation émise par ce dernier de l'établissement d'une usine de pâte à papier sur son territoire. Ceci a suscité une réaction de l'Argentine, qui craignait de possibles atteintes à l'écosystème en aval du fleuve Uruguay[19]. La Cour internationale de Justice décida toutefois de donner raison à l'Uruguay et de faire prévaloir la mise en œuvre d'un projet de développement économique qui recueillait le soutien de la majorité de la population, au détriment de la revendication collective d'une autre population d'accéder à l'eau potable

---

15 Voir section 3 ci-après.

16 CDH, *Observation générale n° 15 (2002). Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, UN Doc. E/C.12/2002/11, 20 jan. 2003.

17 Adopté le 17 Juin 1999, UN Doc. MP. WAT/2000/1.

18 En ce sens, A. Boyle, « Environment and Human Rights », *Max Planck Encyclopaedia of public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, para. 14.

19 Cour Internationale de Justice (CIJ), *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur la rivière Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, jugement, CIJ Recueil 2010.

et aux installations sanitaires. Il était difficile d'ignorer, dans ce contexte, la mise en œuvre progressive des droits économiques et sociaux pesant contre la justiciabilité d'un droit à une eau assainie. Comme tous les droits économiques et sociaux, ce droit hypothétique voit sa mise en œuvre progressive conditionnée aux ressources disponibles de l'Etat concerné, et donc sujette aux processus démocratiques de délibération majoritaire. De plus, même si le droit à l'eau avait triomphé sur la revendication concurrente au développement économique, le résultat aurait été extrêmement limité dans sa portée. Cela aurait en effet impliqué d'accorder une importance primordiale au droit d'accès à l'eau pour la santé humaine et aux installations sanitaires, mais pas à la qualité environnementale comme question plus large de droits de l'homme.

3.

Etant donnés les modestes progrès atteints dans l'élaboration de standards, il est à présent nécessaire de se demander si des évolutions plus substantielles vers la fusion des droits de l'homme et de la protection environnementale n'auraient pas été réalisées à l'échelle judiciaire, par les cours de droits de l'homme et les organes de contrôle internationaux. L'examen de cette pratique est important pour deux raisons. En premier lieu, comme il a déjà été souligné, la Cour européenne et les autres organes de droits de l'homme ont développé une riche jurisprudence sur le rôle des droits de l'homme au cours de litiges concernant la légalité de certaines répercussions environnementales sur la vie, la propriété et la population affectée. En second lieu, la jurisprudence des organes judiciaires dans le domaine du droit international économique – notamment l'arbitrage en matière d'investissement – montre que l'internationalisation des droits des investisseurs et de la liberté du commerce a entraîné des limitations corollaires des pouvoirs régulateurs de l'Etat, avec le risque que certaines mesures prises avec l'objectif de garantir la qualité de l'environnement et les droits environnementaux des populations locales soient attaquées pour leur incompatibilité avec les droits des investisseurs et la liberté du commerce. Une affaire récemment tranchée dans le cadre du Chapitre 11 de l'ALENA, concernant la protection des investissements, est révélatrice de ce risque. Dans *Glamis Gold c. US*[20], une entreprise minière canadienne se plaignait de ce que son investissement aux Etats-Unis avait été perturbé par les conditions très strictes posées par l'autorité américaine pour lui accorder une autorisation de procéder à des extractions minières dans une zone sensible d'importance culturelle et environnementale en Californie. Ces conditions étaient présumées contraires aux engagements contenus dans l'ALENA. La décision arbitrale rendue en juin 2009 reconnut que la conservation de la qualité de l'environnement et des valeurs culturelles qui étaient attachées à cette

[20] Tribunal Arbitral ALENA (chap. 11), *Glamis Gold Ltd. v. the Government of the United States of America*, 2009.

zone spécifique – qui revêtait une grande importance comme terre ancestrale pour les tribus locales amérindiennes – étaient des buts légitimes des Etats-Unis, justifiant la limitation des droits de propriété et des autres intérêts économiques des investisseurs. D'autres décisions ont été rendues ces dernières années dans des affaires où les droits de l'homme – comme le droit à l'eau – étaient invoqués pour contrer les arguments d'un investisseur qui se plaignait d'une atteinte causée par les règles locales à ses intérêts tels que protégés par le droit international[21]. Cette tendance jurisprudentielle est importante car elle prend en compte les besoins humains et les conceptions de développement durable dans la mise en œuvre des droits et libertés économiques liés aux investissements et au commerce. Mais il faut souligner que cette jurisprudence n'a cependant joué qu'un rôle purement « négatif », en ce sens que les considérations environnementales n'ont été utilisées que dans la perspective d'un but légitime que l'Etat d'accueil peut invoquer pour justifier de restrictions aux droits économiques des investisseurs tels que protégés par des traités *ad hoc* ou le droit international coutumier. Leur utilisation n'a pas encore atteint le stade de la reconnaissance d'une véritable composante des « droits de l'homme ». Cette approche possède d'autres limites. Il est indéniable qu'une décision arbitrale peut aboutir à exonérer entièrement la responsabilité de l'Etat d'accueil vis-à-vis de l'investisseur, au regard de la considération fondamentale qui veut que l'intérêt économique de l'investisseur soit soumis aux pouvoirs régulateurs de l'Etat d'accueil, en particulier lorsque ces pouvoirs sont démocratiquement exercés[22]. Une telle exonération peut néanmoins aboutir au versement de dommages et intérêts au bénéfice de l'investisseur au motif que les buts environnementaux, bien que légitimes et internationalement reconnus, n'excluent pas la compensation de l'investisseur pour la perte qui lui a été causée, sachant que cela ne justifie même pas de compensation réduite[23].

Mais tournons-nous à présent vers la jurisprudence des cours et organes conventionnels des droits de l'homme. Un simple aperçu de la jurisprudence pertinente met en lumière le haut niveau de progrès acquis dans le sens du développement d'une dimension environnementale des droits de l'homme. Il révèle toutefois un certain degré d'ambigüité et des divergences significatives en termes d'approche, lorsqu'il s'agit de traiter cette dimension soit en termes de droits « individuels », soit d'intérêts « collectifs » de la société.

---

[21] Pour une analyse systématique de cette pratique, voir P.-M. Dupuy, F. Francioni, E.-U. Petersmann (eds.) *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009.

[22] Voir Tribunal Arbitral ALENA, *Methanex Corp v United States*, Sentence finale, 3 août 2005, 44 ILM 1345 ; Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania*, Affaire No. ARB/05/08, Sentence du 11 sept. 2007.

[23] CIRDI, *Compania del Desarrollo de Santa Elena, SA v Republic of Costa Rica*, Affaire No. ARB/96/1, Sentence finale, 17 fév. 2000.

4.

Commençons par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH). Nous avons déjà souligné qu'au cours des vingt-cinq dernières années, la Cour de Strasbourg a fourni une contribution positive à la construction de la dimension environnementale de plusieurs des droits consacrés par la Convention, ce qui a d'ailleurs conduit à l'adoption du Manuel sur les Droits de l'homme et l'Environnement du Conseil de l'Europe[24]. La jurisprudence de Strasbourg a contribué au développement de certaines « obligations environnementales » incombant aux Etats parties en vertu de la Convention. Celles-ci recoupent 1) l'obligation positive de réguler les activités de nature industrielle ou technologique susceptibles d'affecter de manière négative la sphère des droits protégés, tels que le droit à la vie (Article 2) et le droit à une vie privée et familiale (Article 8) ; 2) l'obligation positive de mettre en œuvre de manière effective les mesures légales, administratives ou judiciaires requises pour prévenir ou réparer les interférences illégales avec ces droits ; 3) l'obligation positive de fournir l'information nécessaire et d'engager une consultation avec les individus et peuples concernés sur les risques et dangers des répercussions environnementales en cause. En commençant avec les premières affaires *Lopez Ostra c. Espagne*[25] et *Guerra c. Italie*[26], la Cour a contribué au développement jurisprudentiel d'un ensemble d'obligations environnementales, recouvrant non seulement les activités menées par l'Etat, mais également celles de parties privées. Dans *Fadaïeva c. Russie* la Cour a conclu que les activités industrielles produisant un lourd impact sur l'environnement entrainaient la responsabilité de l'Etat défendeur « du fait de l'absence de réglementation adéquate de l'industrie privée »[27], dans la mesure où ce manquement avait entraîné une forme de dégradation environnementale telle qu'il constituait une atteinte aux droits de l'homme protégés par la Convention. Concernant le droit à la vie, la Cour a souligné dans *Oneryildiz c. Turquie* que l'« obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie au sens de l'article 2 [...] implique avant tout pour les Etats le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie ... ». De plus, il incombe à l'Etat de prendre toutes les « mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause »[28]. Mais cette

---

[24] Voir note 10 ci-dessus.

[25] Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH), *López Ostra c. Espagne*, requête no. 16798/90, arrêt, 9 déc. 1994, Série A no. 303-C.

[26] Cour EDH, *Guerra c. Italie*, requête no. 14967/89, 19 fév. 1998.

[27] Cour EDH, *Fadaïeva c. Russie*, requête no. 55723/00, arrêt, 9 juin 2005, para. 89.

[28] Cour EDH, *Oneryildiz c. Turquie*, requête no. 48939/99, arrêt, 30 nov. 2004, paras. 89 et 90.

obligation ne se limite pas à l'adoption de mesures appropriées de protection de l'environnement. Encore faut-il que ces mesures soient mises en œuvre de manière effective. Comme posé dans *Taskin c. Turquie* :

> La Cour tient à rappeler que l'administration constitue un élément de l'Etat de droit, dont l'intérêt s'identifie avec celui d'une bonne administration de la justice, et que, si l'administration refuse ou omet de s'exécuter ou tarde à le faire, les garanties dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdent toute raison d'être[29].

Taskin se distingue également par l'accent que la Cour met sur les obligations procédurales – fourniture de l'information nécessaire et consultation des parties affectées –, considérées comme une condition à l'accomplissement des obligations inhérentes à l'Article 8 de la Convention (vie privée et familiale) et à la définition d'un juste équilibre entre objectifs de développement et droits de l'homme. Cette affaire concernait une opération de minage nocive pour l'environnement. La Cour a décidé que :

> [...] même si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte comme il se doit les intérêts de l'individu protégés par l'article 8[30].

Il a justement été constaté[31] que cette décision de la Cour revient à introduire, par la voie interprétative, une condition de processus informé et de consultation comme on en trouve dans les traités environnementaux, en particulier la Convention d'Aarhus de 1998[32] et la Convention d'Espoo de 1991 sur l'évaluation de l'impact environnemental dans un contexte transfrontière[33].

Il nous faut noter par ailleurs que la Cour a avancé de manière non négligeable, encore une fois par la voie de l'interprétation évolutive, dans la voie de l'extension de l'obligation d'éviter toute « interférence » de la part de l'« autorité publique » dans la conduite des parties privées, en conformité avec la lettre de l'Article 8. Ceci présente des implications non négligeables pour la mise en œuvre « horizontale » de l'obligation procédurale relative à l'information et à la participation dans les décisions environnementales. En effet, elle permet de prendre pleinement en considération les intérêts en concurrence – économiques et éco-

---

29 Cour EDH, *Taskin c. Turquie*, requête no. 46117/99, 10 nov. 2004, paras. 124-125.

30 *Ibid.*, para. 118. L'Article 8 de la CESDH dispose que: « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. [...] Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi ».

31 A. Boyle, « Human Rights or Environmental Rights? A reassessment », *Fordham environmental Law Review*, 18, 2007, 497.

32 Convention sur l'Accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, voir note 2 ci-dessus.

33 Convention sur l'évaluation de l'impact environnemental dans un contexte transfrontière, 1989 RTNU 309, 25 fév. 1991 (entrée en vigueur : 10 sept. 1997).

logiques – impliqués dans les affaires environnementales, et donc de trouver le juste équilibre.

Malgré les indéniables progrès accomplis par ces jugements dans l'ouverture de l'horizon environnemental aux droits de l'homme, ils ne permettent toujours pas d'atteindre l'objectif de reconnaissance d'un droit indépendant à un environnement décent. Ceci est vrai, en premier lieu, à l'échelle substantielle, du fait de la conception purement individualiste des droits de l'homme qui continue à imprégner la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Les répercussions néfastes sur l'environnement, même lorsqu'elles sont graves, ne seront prises en compte que si elles produisent une interférence dans la sphère des droits garantis aux « individus » par la Convention. Dès lors, l'intégrité environnementale n'est pas conçue comme une valeur *per se* pour la communauté affectée ou la société dans son ensemble mais seulement comme un critère pour mesurer l'impact négatif sur la vie, la propriété, la vie privée et familiale d'un individu donné. En second lieu, à l'échelle procédurale, l'approche individualiste suivie par la Cour exclut l'admissibilité des procédures d'intérêt public visant à défendre l'environnement, à moins que les requérants ne démontrent un impact direct des activités en cause sur leurs droits individuels. Ces deux limites sont bien illustrées par le jugement de la Cour européenne, rendu en 2003 dans l'affaire *Kyrtatos c. Grèce*[34]. Cette affaire concernait le drainage contesté de zones humides. Bien que le drainage et la destruction conséquente des zones humides aient été le résultat d'une violation de la loi grecque, la Cour a réaffirmé que

> [n]i l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; d'autres instruments internationaux et législations internes sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier[35].

Bien que les requérants vivaient dans les environs du site, ils ne pouvaient prouver l'atteinte à leur droit à une vie privée et familiale. Cette décision est donc paradoxale puisqu'elle revient à dire que la préservation de l'environnement vis-à-vis des attaques causées par des activités illégales dépend de l'interférence que lesdites activités illégales produisent dans la vie privée des individus. Une approche différente aurait été préférable. La Cour aurait pu donner plus de poids au caractère illégal de la destruction environnementale et interpréter l'Article 8 de manière plus libérale, de façon à ce que les requérants soient considérés comme les acteurs légitimes de la gestion des ressources naturelles. Ces ressources faisaient non seulement partie du domicile étendu et de leur vie privée[36], mais,

---

[34] Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, requête no. 41666/98, arrêt, 22 mai 2003.

[35] *Ibid.*, para. 52.

[36] Cet argument a été proposé par le Juge Loucaides sur la base d'une lecture extensive des notions de « domicile » et de « vie privée », utilisées dans l'Article 8. Sa proposition demeure cependant limitée à l'horizon individualiste de la protection des droits.

surtout, constituaient un bien environnemental public, affectant la vie collective de la population vivant dans cette zone et ses alentours[37].

5.

Une attitude quelque peu plus progressive peut être trouvée dans la jurisprudence émanant de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et du Système Interaméricain. Les droits environnementaux y ont tendance à être conçus comme « collectifs » plutôt que comme des droits purement individuels. Concernant la Charte Africaine, une telle conceptualisation n'est pas surprenante puisque, comme en témoigne son titre, sa philosophie est justement inspirée par la dimension collective des droits de l'homme et des peuples. Dans sa célèbre affaire *Ogoniland*[38], où la population locale se plaignait de la dévastation de son environnement par l'industrie extractive pétrolière présente au Nigéria, la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples a interprété la formulation générique de l'Article 24 de la Charte[39] en termes strictement environnementaux, reconnaissant que :

> En fait, un environnement dégradé par la pollution et par la destruction de toute beauté et variété est aussi contraire à des conditions de vie satisfaisantes et au développement, que l'effondrement de l'équilibre écologique fondamental est néfaste à la santé physique et morale[40].

Cette formulation tranche avec l'approche purement individualiste des droits environnementaux, qui ressort notamment de la jurisprudence de la Cour européenne. Les garanties de droits de l'homme y sont interprétées en termes largement collectifs, comme revendications légitimes de la communauté de voir la qualité de son environnement préservée face à l'exploitation non-durable des ressources minérales, susceptible de provoquer sa dévastation. De plus, la décision de la Commission ne se limite pas à constater une violation de la Charte. Elle va plus loin en ordonnant des mesures correctives, à savoir le nettoyage et la réhabilitation des terres et cours d'eau endommagés par les opérations pétrolières. Elle

---

Voir Loucaides, « Environmental Protection through the Jurisprudence of the ECHR », *British Yearbook of Inernational Law*, 75, 2004, 249-267.

37 Cette approche aurait été consistante avec celle suivie une année plus tard dans *Taskin.* Voir note 27 ci-dessus.

38 Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (Com. ADHP), *Social and Economic Rights Action Centre c. Nigeria,* Affaire No. ACHPR/COMM/A044/1, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev 5, para. 51.

39 L'Article 24 prévoit que « Tous les peuples ont droit à un environnement global satisfaisant et propice à leur développement ».

40 Voir note 36 ci-dessus, para. 51. A. Kiss, « Concept and Possible Implications of the Right to Environment' », in K.E. Mahoney & P. Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty first Century: A Global Challenge*, 553.

exige également la préparation d'une évaluation de l'impact environnemental, ainsi que la communication de l'information pertinente et les garanties d'une participation publique au sein des organes décisionnels[41]. Cette affaire est sans doute unique en ce qu'elle utilise des considérations d'ordre environnemental pour remettre en cause la durabilité de l'extraction pétrolière débridée. Elle fait également preuve d'une attention toute particulière au droit collectif des populations locales à un environnement sain et satisfaisant, lesquelles ne vont même pas retirer de bénéfice matériel de l'exploitation nuisible des ressources locales. Ce résultat a sans nul doute été facilité par la référence explicite aux droits des peuples dans la Charte Africaine. Une approche communautaire similaire de l'utilisation des droits de l'homme dans les litiges environnementaux peut cependant être détectée dans un certain nombre d'affaires tranchées dans le cadre de la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme. Dans son célèbre jugement *Communauté Mayagma Sumo Awas Tingni c. Nicaragua*[42], la Cour Interaméricaine a innové en concluant que l'octroi de concessions forestières à des investisseurs privés par le Nicaragua, alors que les zones en question étaient revendiquées par une communauté tribale, constituait une violation du droit de propriété des requérants, tel que garanti par l'Article 21 de la Convention Américaine. Malgré l'absence de référence à la propriété communale dans l'Article 21, la Cour a interprété le « droit de propriété » comme incluant le droit de propriété coutumier des peuples autochtones à utiliser leur terre ancestrale pour l'agriculture et la chasse, ainsi que de voir cette terre respectée contre ledit projet d'exploitation forestière, destructeur tant pour leur environnement que pour leur culture. Dans des circonstances similaires, la Commission Interaméricaine a utilisé les dispositions de la convention sur le droit à la vie pour étendre la protection des droits de l'homme aux communautés menacées par une forme de destruction environnementale. Dans l'affaire des *Indiens Yanomani*, la Commission a conclu que la construction d'une autoroute traversant les terres ancestrales des requérants par le Brésil constituait une violation de leur droit à la vie et à l'intégrité physique[43]. Dans une affaire plus récente, celle de la *Communauté Indigène Maya de Toledo*[44], la même Commission s'est appuyée sur la décision susmentionnée dans l'affaire *Awas Tingni*, mentionnant le précédent africain *Ogoniland*, pour considérer que le projet d'exploitation forestière autorisé par le Belize posait une telle menace à l'environnement naturel de la communauté Maya qu'il mettait en danger les fondements économiques et vitaux dont la communauté dépendait. Tout en reconnaissant l'importance du développement économique, la Commission a conclu

---

41 *Ibid*., paras. 54–69.

42 Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH), *Communauté Mayagma Sumo Awas Tingni c. Nicaragua*, 31 Août 2001, Série C No. 79.

43 Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme (Com. IDH), Aff. 7615, Rep. No. 12/85 OEA/ Ser L/V/II.66 doc. 10 Rev 1.

44 Com. IDH, Aff. 12053, Rep. No. 40/04 OEA/ OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1.

que le Belize avait porté atteinte aux droits de propriété des requérants sur leurs terres ancestrales.

6.

A l'échelle universelle, l'absence de dispositions environnementales spécifiques dans les deux Pactes sur les droits de l'homme explique le peu d'affaires impliquant l'interface entre la protection environnementale et les droits de l'homme. La plupart de ces affaires a été portée devant le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies en vertu de la clause de protection des minorités de l'Article 27 du Pacte sur les Droits Civils et Politiques. Il s'agit d'une disposition culturelle qui se réfère expressément aux droits des « personnes appartenant à ces minorités », plutôt qu'aux droits collectifs du groupe en tant que tel. Par conséquent, le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies a abordé la question des répercussions environnementales sur la vie traditionnelle des minorités dans la perspective des droits « individuels » des membres de ces minorités et non pas de ceux de la communauté. Ainsi, dans *Ilmari Lansman*, une affaire qui concernait l'impact d'une carrière de pierres sur le droit des demandeurs à poursuivre l'élevage de rennes dans un habitat non perturbé, le Comité a observé que « l'article 27 [...] dispose qu'un membre d'une minorité ne doit pas se voir dénier le droit de jouir de sa propre culture ». Il finit néanmoins par conclure que « des mesures ayant un certain effet limité sur le mode de vie de personnes appartenant à une minorité n'équivaudront pas nécessairement à un déni du droit énoncé à l'article 27 », et considéra que la Finlande avait adopté des mesures suffisantes pour minimiser l'impact sur l'élevage de rennes[45]. Une vision similaire du rôle restreint accordé à la protection environnementale dans le contentieux des droits de l'homme a émergé avec les revendications des citoyens de disposer d'un environnement protégé contre les organismes génétiquement modifiés[46], les déchets nucléaires[47] ou encore la contamination radiologique nocive provenant des essais nucléaires[48]. En même temps, la jurisprudence du

---

[45] CDH, *Communication No. 511/92*, UN Doc. CCPR/C/52/511/1/1992, 1994, para. 9(4).

[46] CDH, *Brun c. France*, dans laquelle le Comité des Droits de l'Homme a rappelé « qu'aucun individu ne peut, dans l'abstrait et par voie d'*actio popularis*, contester une loi ou une pratique, d'après lui, contraire au Pacte ».

[47] CDH, *EHP c. Canada*, dans laquelle le Comité a rejeté la plainte de résidents locaux, sur le fondement de la protection de leurs droits à la vie et à la vie privée, face à l'ouverture d'un site de stockage de déchets nucléaires. La plainte fut rejetée au motif qu'ils avaient échoué à épuiser toutes les voies de recours internes, mais le Comité a reconnu que le stockage de tels déchets posait une menace sérieuse à la vie de la population locale. *Communication No. 67/1980*, 27 oct. 1982, *Sélection de décisions du Comité des Droits de l'Homme prises en vertu du Protocole facultatif*, vol. 2, New York, 1990, 20.

[48] CDH, *Bordes et al. c. France*, *Communication No. 645/1995*, 22 Juillet 1996.

comité des droits de l'homme est parsemée de plusieurs cas d'adhésion non moins marquée à une approche fondée sur la notion d'intérêt public dans la construction des droits de l'homme à la lumière de considérations environnementales. Dans l'affaire de *La Bande du Lac Lubicon c. Canada*, le Comité a reconnu la violation de l'Article 27 dans un cas où l'extraction de pétrole et de gaz sur les terres traditionnelles d'une communauté autochtone produisait des répercussions néfastes sur l'environnement. Malgré la formulation restrictive de cet article, la décision a réussi à dépasser une conception purement individualiste des droits des peuples autochtones. La constatation de la violation découlait en effet de l'impact environnemental que ces opérations pétrolifères faisaient peser sur le système de subsistance de la communauté autochtone dans son ensemble, au-delà des seuls membres individuels du groupe. Une approche similaire, centrée sur la communauté, a été retenue dans *Francis Hopu* et *Teopaitu Bessert c. France*, dans laquelle le Comité a confirmé les allégations des requérants, qui contestaient un projet de développement touristique en Polynésie dont les effets étaient inacceptables pour les terres tribales traditionnelles, qui hébergeaient notamment des cimetières considérés comme sacrés pour la communauté autochtone[49]. L'affaire a été tranchée en application d'une interprétation extensive de l'Article 17, relatif à la protection de la vie privée et familiale. Le Comité a accepté l'argument des requérants selon lequel le terme 'famille' devait être interprété en conformité avec les traditions coutumières de la population autochtone de l'île, de façon à inclure la communauté autochtone toute entière, dont la vie se voyait affectée par la construction du projet[50].

L'on peut noter, sur la base de la pratique examinée dans cette étude, que certains progrès ont été réalisés dans le sens de l'intégration des considérations environnementales dans les procédures judiciaires de droits de l'homme. A l'échelle substantielle, ces progrès ont été réalisés *via* une interprétation évolutive des dispositions de droits de l'homme – notamment le droit à la vie, à une vie privée et familiale et les droits des minorités. Ces dispositions ont ainsi produit une dose certaine de protection environnementale au bénéfice de requérants individuels. A l'échelle procédurale, la jurisprudence des droits de l'homme, particulièrement celle de la Cour européenne, a vu dans les traités relatifs aux droits de l'homme une obligation de garantir l'information, la participation effective et l'accès à la justice des personnes directement affectées par les répercussions environnementales. Les limites de ces progrès ont néanmoins resurgi, non pas tant du fait de leur incapacité à établir un « droit » indépendant à un environnement sain – ce qui n'est ni nécessaire, ni utile au vu de son caractère indéterminé – mais plutôt parce qu'ils demeurent entravés par un obstacle majeur : la persistance et la

[49] CDH, *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c. France, Communication No.* 549/1993, UN Doc. CCPR/C/60D/549/1993/Rev/1, 29 Déc. 1997.

[50] *Ibid.*, paras. 2(2)-10(3).

prévalence d'une perspective individualiste dans la manière dont les droits de l'homme sont conçus et souvent mis en œuvre par les juridictions internationales et les organes de supervision. La doctrine juridique a contribué au maintien de cet obstacle, notamment le courant doctrinal appelé « droit-de-l'hommisme »[51], selon lequel les droits de l'homme sont conçus comme une discipline autonome qui s'inscrirait dans le paysage des standards internationaux formels, fondés sur les canons traditionnels des droits de l'homme comme droits des individus[52]. En parallèle, la doctrine des droits de l'homme s'est opposée, au moyen d'arguments théoriques, à l'élargissement des droits de l'homme au-delà de leur dimension individuelle, par peur que la reconnaissance de la communauté ne fasse apparaître de nouvelles menaces pour lesdits droits[53]. Ces préoccupations sont compréhensibles, du fait du danger manifeste de voir la force des garanties de droits de l'homme diminuée et d'assujettir l'individu à la tyrannie de sa communauté. Pour autant, l'on peut se demander dans quelle mesure l'idée même de droit international des droits de l'homme – telle que posée dans la Charte des Nations Unies ou développée dans la Déclaration Universelle et les instruments normatifs subséquents – ait jamais été conçue dans une perspective purement individuelle, où les droits seraient isolés du reste de la société. Le premier paragraphe de l'Article 29 de la Déclaration Universelle pointe cependant dans une autre direction, lorsqu'il affirme que « [l]'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible ». Mais c'est surtout dans le contexte du débat contemporain sur l'interaction entre droits de l'homme et protection environnementale qu'une approche purement individualiste se révèle inadéquate et obsolète. Comme nous l'avons vu à propos de l'étude de la jurisprudence des droits de l'homme relative aux dégradations environnementales, cela n'a beaucoup de sens de s'engager dans un discours en termes de droits de l'homme dans les seuls cas où lesdites dégradations concernent les droits à la vie, à la propriété ou à la vie privée de certains des individus directement affectés. L'utilisation réductionniste des droits peut même s'avérer contreproductive dans la mesure où elle enferme les valeurs environnementales dans

---

[51] L'expression « droit de l'hommisme » a été rendue populaire par A. Pellet dans sa critique cinglante de la doctrine des droits de l'homme comme discipline indépendante et auto-suffisante, séparée du droit international. Voir A. Pellet, « 'Human Rightism' and International Law », *Italian Yearbook of International Law*, 10, 2001, 3ss.

[52] Pour une réaffirmation de cette conception formelle des droits de l'homme et une critique de l'approche fondée sur des principes généraux, voir P. Alston, « 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime », *European Journal of International Law*, 15, 2004, 457.

[53] J. Donnelly, « Third Generation Rights », in C. Broelmann *et al.* (eds.), *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 119ss. ; et, du même auteur, « Human Rights, individual Rights and Collective Rights », in J. Berting *et al.* (eds.), *Human Rights in a Pluralistic World, Individuals and Collectivities*, Westport, Meckler, 1990, 39ss.

la sphère très limitée de l'intérêt individuel. S'en voit dès lors altérée leur nature inhérente de biens publics, indispensables pour la vie et le bien-être de sociétés toutes entières. Cela ne veut pas dire qu'il faut cesser d'approcher la protection environnementale en termes de droits de l'homme. Au contraire, nous plaidons ici en faveur d'une jurisprudence plus innovante et courageuse, qui prendrait en considération la dimension collective des droits de l'homme affectés par des dégradations de l'environnement et qui adapterait le langage et la technique du discours des droits de l'homme aux risques accrus que posent les crises environnementales globales à la société et, *a fortiori*, à l'humanité toute entière.

Les droits de l'homme et le droit de l'environnement occupent une place très spéciale dans le domaine du droit international public. Le développement de ces deux branches engage les Etats à respecter la valeur objective de la dignité humaine et de la qualité environnementale, bien au-delà des droits des autres Etats. Les défenseurs des droits de l'homme et les activistes environnementaux les ont toutes deux utilisées comme projets d'émancipation pour renforcer et accroître la liberté humaine, et ainsi garantir la durabilité des environnements d'accueil pour la vie humaine. Une compénétration plus étroite devrait permettre de progresser vers des standards internationaux communément acceptés en matière d'utilisation soutenable des ressources naturelles.

CHAPITRE QUARANTE-SIX

LE DROIT À L'EAU ET LA SATISFACTION DES BESOINS HUMAINS : NOTIONS DE JUSTICE

Laurence Boisson de Chazournes*

Le droit de l'homme à l'eau est un droit *in statu nascendi* dans l'ordre juridique international. Dans l'un de ses nombreux écrits, le professeur Pierre-Marie Dupuy a montré que l'émergence de ce droit s'inscrivait dans le lignage d'une évolution du droit international de l'eau à destination de la satisfaction des besoins de l'être humain. Ce faisant, le corps de normes relatives à l'eau, qui s'est essentiellement développé à l'aune des relations interétatiques, s'immisce désormais dans la gestion par les autorités nationales des ressources en eau sises sur leur territoire, imposant des critères de justice et d'équité en matière d'accès et de distribution. Cette évolution souligne bien que la « souveraineté n'est pas une fin en soi, [...] elle doit être exercée en vue des intérêts de l'homme »[1]. Dans le cadre de la présente contribution, laquelle rend un hommage appuyé à un grand juriste, on s'interrogera sur la valeur et la signification de la reconnaissance du droit à l'eau et sur sa contribution à une approche du droit international orientée vers les besoins de l'être humain. Les visages de la justice sont pluriels. Tout être humain doit pouvoir bénéficier de ce droit (1) dans des conditions qui lui permettent d'en jouir pleinement (2), tout en ayant accès à des mécanismes de participation qui lui soient ouverts (3).

---

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Cette contribution doit beaucoup aux échanges nourris lors du 2ème colloque interdisciplinaire « Eau, besoin vital et justice globale » organisé par le W4W à Genève (http://www.fiechter.name/firm/page.php?id=14) en mars 2012.

[1] P.-M. Dupuy, « Le droit à l'eau : droit de l'homme ou droit des Etats? », in M.G. Kohen (dir.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : Liber Amicorum Lucius Caflisch*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 40.

1. La proclamation d'un droit à l'eau et à l'assainissement, élément d'une justice universelle

L'Organisation mondiale, véritable *alma mater* de la communauté internationale, connaît une mobilisation significative en faveur de la reconnaissance d'un droit à l'eau. En 2010, deux résolutions ont été adoptées, l'une par l'Assemblée générale des Nations Unies et l'autre par le Conseil des droits de l'homme. Les deux organes onusiens ont appelé à la nécessité de reconnaître et protéger le droit à l'accès à l'eau potable et à l'assainissement. L'Assemblée générale « reconnaît que le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'homme »[2]. Elle lie de ce fait ce droit au droit à la vie et le conçoit comme une condition préalable permettant la réalisation de l'ensemble des droits de l'homme.

Le Conseil des droits de l'homme, quant à lui,

> affirme que le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement découle du droit à un niveau de vie suffisant et qu'il est inextricablement lié au droit au meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint, ainsi qu'au droit à la vie et à la dignité[3].

La formulation de ce droit s'inscrit dans le prolongement de l'Observation générale du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels sur le droit à l'eau[4], liant ce dernier à d'autres droits.

Dans un cas, le caractère autonome du droit à l'eau est affirmé, dans l'autre, ce droit s'inscrit dans le prolongement de droits existants. Quoique les conceptions qui sous-tendent l'adoption de chacune des résolutions diffèrent quelque peu, leur objectif proclamé est bien celui de la réalisation d'un accès à l'eau potable pour tout être humain ainsi que pour ses besoins en matière d'hygiène et d'alimentation. Ce droit inclut également un accès à un système d'assainissement. C'est sous le couvert de ces différents éléments que le droit à l'eau doit être compris. Tout être humain doit pouvoir s'en prévaloir en toute région du monde.

L'accès à l'eau potable et l'accès à un système d'assainissement sont inextricablement liés. Les instruments juridiques les envisagent de manière associée. Il s'agit pour toute personne de pouvoir en jouir dans le cadre de la satisfaction de ses besoins personnels. En cela, la reconnaissance du droit à l'eau est liée à l'un des usages de l'eau, celui ayant trait aux usages domestiques et personnels.

---

[2] Assemblée Générale des Nations Unies (AGNU), *Le droit fondamental à l'eau et à l'assainissement*, UN Doc. A/RES/64/292, 3 août 2010, para. 1.

[3] Conseil des droits de l'Homme (CDH), *Les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement* UN Doc. A/HRC/15/L.14, 24 sept. 2010, para. 3.

[4] CDH, *Observation générale No. 15 (2002). Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, UN Doc. E/C.12/2002/11, 20 jan. 2003.

Cette catégorie d'usages constitue l'une des utilisations de l'eau, comme le sont également les utilisations industrielles, agricoles ou hydro-électriques ou encore celles relatives à la protection de l'environnement[5].

L'affirmation d'un droit à l'eau ne vise donc pas une rationalisation générale des usages de l'eau, mais participe à la revendication de la légitimité d'un usage, celui ayant trait à la satisfaction des besoins personnels et domestiques. Il est vrai que l'accès à l'eau et à l'assainissement est tributaire des autres utilisations de l'eau. Il entretient avec celles-ci des liens étroits, si l'on pense, par exemple, aux utilisations de l'eau dans le secteur de l'agriculture et leurs liens avec la satisfaction du droit à la nourriture[6]. L'exercice des droits de pêche et de navigation comme moyens de subsistance[7] peut aussi constituer une facette du droit à l'eau, sinon entretenir des liens de connexité avec ce dernier. Au-delà de ces relations, le droit à l'eau demande sa part dans la répartition des usages. Le droit international des droits de l'homme contribue à asseoir le caractère fondamental de cette utilisation, lui donnant en quelque sorte un rang de « priorité objective », en toute circonstance et pour chacun. La Convention des Nations Unies de 1997 sur les utilisations des cours d'eau autres que la navigation[8] va d'ailleurs dans le même sens lorsqu'elle précise en son article 10 qu'un conflit entre utilisations d'un cours d'eau doit être résolu en portant une « attention spéciale à la satisfaction des besoins humains essentiels »[9].

Les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil des droits de l'homme ont lancé un signal politique fort quant à l'importance qui doit être accordée à ce droit. Certains instruments avaient déjà appelé à sa reconnaissance, tel le Plan d'action de Mar del Plata en 1977, la Déclaration de Dublin de 1992 et le Programme Agenda 21. Certaines conventions internationales en définissent des composantes juridiques. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes en son article 14, paragraphe 2,

---

[5] L. Boisson de Chazournes, « Eaux internationales et droit international : vers l'idée de gestion commune », in L. Boisson de Chazournes & S.M.A. Salman, *Les ressources en eau et le droit international / Water Resources and International Law*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 3-41.

[6] O. de Schutter, *International Trade in Agriculture and the Right to Food*, Dialogue on Globalization Occasional Papers, No. 46, Friedrich Ebert Stiftung, Geneva, Nov. 2009, disponible à l'adresse : http://library.fes.de/pdf-files/bueros/genf/06819.pdf.

[7] Cour Internationale de Justice (CIJ), *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, 265-266, paras. 141-142.

[8] L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M.M. Mbengue & C. Romano, *Protection internationale de l'environnement*, Paris, Pedone, 2005, 284-300.

[9] Voir M. Tignino, « Water, International Peace and Security », *ICRC Review*, 879, 2010, 672 ; Ch. Leb, « Peut-on résoudre les conflits transfrontaliers par des règles de préférence dans les utilisations de l'eau ? », in Société française pour le droit international, *Colloque d'Orléans – L'eau en droit international*, Paris, Pedone, 2010, 293-301.

la Convention relative aux droits de l'enfant en son article 24, paragraphe 2, ou encore la Convention relative aux droits des personnes handicapées en son article 28, paragraphe 2, comptent parmi les instruments de portée universelle promouvant ce droit. Le Projet de directives sur la réalisation du droit à l'eau et aux services d'assainissement adopté par la Sous-Commission de la promotion et protection des droits de l'homme en 2005[10] doit aussi être évoqué. D'autres instruments ne stipulent pas ce droit de manière explicite, mais de façon implicite, tout en lui fournissant des assises juridiques. Ainsi en est-il du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels dont l'Observation générale sur le droit à l'eau fait découler ce dernier du droit à une vie décente, le liant également au droit à la santé, au droit à la vie et à la dignité[11]. L'émergence de la reconnaissance du droit à l'eau ne relève pas seulement des instruments des droits de l'homme. Des instruments conventionnels relatifs au droit des cours d'eau internationaux, tel le Protocole sur l'eau et la santé de 1999 à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux de 1992[12], la Charte des eaux du fleuve Sénégal de 2002[13], la Charte de l'eau du bassin du Niger de 2008[14] ainsi que la Charte de l'eau du Bassin du lac Tchad[15], sont porteuses de ce droit. La Charte de l'eau du Bassin du lac Tchad présente d'ailleurs un degré certain de sophistication juridique dans sa formulation du droit à l'eau[16].

---

[10] Sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'homme, *Projet des directives pour la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/25, 11 Juill. 2005.

[11] CDH, *Observation générale No. 15*, para. 3.

[12] Arts. 1, 4, paras. 2(a) et (b) et 6, paras. 1(a) et (b). Le Protocole sur l'eau et la santé de 1999 à la Convention d'Helsinki de 1992 est reproduit dans Boisson de Chazournes, Desgagné, Mbengue & Romano, *Protection internationale de l'environnement*, 269-283.

[13] La Charte des eaux du fleuve Sénégal de 2002 dispose que : « Les principes directeurs de toute répartition des eaux du Fleuve visent à assurer aux populations des États riverains, la pleine jouissance de la ressource, dans le respect de la sécurité des personnes et des ouvrages, ainsi que du droit fondamental de l'homme à une eau salubre [...] » (art. 4). La Charte des eaux du fleuve Sénégal est reproduite dans Boisson de Chazournes, Desgagné, Mbengue & Romano, *Protection internationale de l'environnement*, 285-300.

[14] Charte de l'Eau du Niger, adoptée en avril 2008 par le Sommet des Chefs d'Etats et des Gouvernements de l'Autorité du Bassin du Niger (ABN). Elle définit le droit à l'eau comme « le droit fondamental à un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun » (art. 1, para. 10).

[15] Charte de l'eau du Bassin du Lac Tchad, adoptée en mai 2012 par le 14ème Sommet des Chefs d'Etat et de gouvernement de la Commission du bassin du Lac du Tchad (CBLT).

[16] La Charte de l'eau du Bassin du Lac Tchad définit le droit à l'eau comme suit : « approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun. Une quantité adéquate d'eau salubre est nécessaire pour prévenir la mortalité due à la

Les résolutions onusiennes adoptées en 2010 ont fait œuvre de mobilisation en dressant un état des lieux politique et juridique et en contribuant à asseoir ce droit sur l'agenda international en tant que priorité. Leur adoption n'a pas rencontré le soutien inconditionnel de tous les Etats. Des divergences ont notamment porté sur des différences de conception sur la portée juridique de ce droit ou sur son champ d'application[17]. Ces points n'ont pas remis en question l'importance de ce droit. Ils portent sur les implications de son respect et la manière de satisfaire à cette exigence. La Déclaration de la Conférence de Rio +20 sur le développement durable, adoptée par consensus, confirme la nécessité ressentie de remplir cet objectif[18].

Ainsi donc, dans ce contexte mêlé d'appels au respect mais aussi d'incertitudes juridiques, l'émancipation juridique du droit à l'eau se réalise graduellement, bénéficiant largement, il est vrai, de l'assise que lui fournissent d'autres droits, tel le droit à une vie décente. Les travaux du Haut Commissariat aux droits de l'homme, ceux du Conseil des droits de l'homme et les débats qui les entourent témoignent de son affranchissement progressif. Ils permettent de mettre en éclairage les inégalités qui prévalent en matière d'accès à l'eau et dans le domaine de l'assainissement, ainsi que de faire apparaître au grand jour la responsabilité béante de la Communauté internationale en ces domaines[19].

Les chiffres sont éloquents. La résolution de l'Assemblée générale rappelle qu'« environ 884 millions de personnes n'ont pas accès à l'eau potable et que plus de 2,6 milliards de personnes n'ont pas accès à des services d'assainissement de base, et [relève] avec inquiétude que près de 1,5 million d'enfants âgés de moins de 5 ans meurent et 443 millions de jours d'école sont perdus chaque année du fait de maladies d'origine hydrique ou liées à l'absence de services d'assainissement »[20].

Les Objectifs du millénaire avaient, pour leur part, rappelé en 2000 que le développement ne peut se départir d'un visage humain en ce domaine. L'objectif 7 proclame « de réduire de moitié, d'ici à 2015, [...] le pourcentage de la

---

déshydratation et pour réduire le risque de transmission de maladies d'origine hydrique ainsi que pour la consommation, la cuisine et l'hygiène personnelle et domestique ». Voir M.M. Mbengue, « Les Chartes de l'eau : vers une nouvelle conception de la gestion des ressources en eau partagées en Afrique ? », in M. Kamga & M.M. Mbengue (dir.), *Variations sur l'Organisation internationale. Liber Amicorum Judge Raymond Ranjeva*, Paris, Pedone, à paraître.

17 L. Caflisch, « Le droit à l'eau – Un droit de l'homme internationalement protégé? », in Société Française pour le Droit International, *L'eau en droit international*, 392-394.

18 Conférence des Nations Unies sur le Développement durable, *L'avenir que nous voulons*, UN Doc. A/CONF.216/L.1, 19 juin 2012, para. 121.

19 Voir Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Rapport sur le développement humain 2011, Durabilité et équité : un meilleur avenir pour tous*, Washington, PNUD, 2011.

20 AGNU, *Le droit fondamental à l'eau,* para. 5 du préambule.

population qui n'a pas accès à un approvisionnement en eau potable ni à des services d'assainissement de base »[21].

La reconnaissance du droit à l'eau joue de l'effet de la mobilisation, mais le pétitoire doit être accompagné d'une application effective pour permettre la réalisation de ce droit. Il est intéressant à cet effet de mettre en éclairage les éléments de la pratique qui témoignent des pas d'effectivité accomplis[22]. Il en va tout d'abord des initiatives adoptées par les organes internationaux. Ainsi, la décision du Conseil des droits de l'homme de nommer en 2008 un Expert indépendant sur la question des droits de l'homme touchant à l'accès à l'eau potable ainsi qu'à l'assainissement[23], devenu en 2011 Rapporteur spécial sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement[24], a contribué à asseoir la légitimité de la revendication de ce droit de même que d'en affiner le contenu au travers des rapports qui ont été présentés par le Rapporteur spécial. Ceux-ci sont le fruit d'interactions avec nombre d'acteurs publics et privés, permettant en cela à chacun de faire entendre son point de vue et de dégager au travers d'un processus de dialogue et de concertation les bonnes pratiques en la matière[25].

Les juridictions internationales, tout comme les mécanismes internationaux de contrôle, ont également leur part à jouer dans la reconnaissance et l'application du droit à l'eau. Tant la Commission africaine des droits de l'homme[26] que la Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme[27] ont été actives en ce domaine, soulignant diverses facettes de l'accès à l'eau[28].

---

21 AGNU, *Déclaration du Millénaire*, UN Doc. A/RES/55/2, 13 sept. 2000, para. III. Objectif 7, Cible 7.C

22 Sur la notion d'effectivité des droits de l'homme, voir S. Besson, « L'effectivité des droits de l'homme : Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme », in J.-B. Zufferey, J. Dubey & A. Previtali (dir.), *L'homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zurich, Schulthess, 2011, 68-79.

23 CDH, *Les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement*, UN Doc. A/HRC/RES/7/22, 28 mars 2008.

24 CDH, *Le droit fondamental à l'eau et à l'assainissement,* UN Doc. A/HRC/RES/16/2, 24 mars 2011.

25 C. de Albuquerque, *On The Right Track – Good Practices in Realising the Rights to Water and Sanitation*, 2012.

26 Commission Africaine des Droits de l'Homme (Com. ADH), *Centre on Housing Rights and Evictions* (*COHRE*) *c. Sudan, Communication 296/2005*, ACHPR/LPROT/COMM/279/03 & 296/05/674.09, décision du 29 juill. 2009, paras. 207-212.

27 Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH), *Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 17 juin 2005, Ser. C, no. 125, 85-86, para. 167 ; Cour IDH, *Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 29 mars 2006, Ser. C, no. 146, 83, para. 164 ; Cour IDH, *Xákmok Kásek. Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 24 août 2010, Ser. C, no. 124, 44-45, para. 195.

28 J. Grueau, « L'effectivité du droit à l'eau devant les juridictions régionales des droits de l'homme », *Académie de l'eau*, juin 2011.

Les actes constitutionnels et législatifs portant reconnaissance explicite d'un droit à l'eau, encore peu nombreux il est vrai, participent néanmoins d'une pratique de reconnaissance progressive de ce droit[29]. En outre, les instruments internationaux énonçant ce droit, en plus de leur effet d'émulation au plan interne, peuvent trouver directement application devant des juridictions nationales. La Cour d'appel du Botswana n'a pas hésité à se référer à l'Observation générale du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, de même qu'à la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée en 2010, pour justifier le droit des requérants à avoir un accès à des sources d'eau pour leurs usages personnels[30].

La reconnaissance du droit à l'eau point progressivement et met en éclairage dans son sillage des droits et obligations qui en découlent. Le droit international des droits de l'homme permet une clarification des responsabilités.

2. La contribution des droits de l'homme en matière d'accès à l'eau et à l'assainissement, élément d'une justice substantielle

Le contenu du droit à l'eau est composite. Le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels précise que « le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun »[31]. Trois éléments caractérisent ce droit : disponibilité, qualité et accessibilité. La notion de disponibilité signifie que l'eau doit être *suffisante et constante* pour les usages personnels et domestiques de chaque personne. En outre, l'eau doit être *salubre* et l'accès aux services d'eau doit être accessible *sans discrimination et à un coût abordable*[32]. Les conditions d'accessibilité, de qualité, de disponibilité et de coût abordable comptent toutes comme conditions de réalisation de ce droit.

---

29 H. Smets (dir.), *Le droit à l'eau potable et à l'assainissement en Europe*, Académie de l'eau, Johanet, 2012.

30 Cour d'Appel de la République du Botswana, *Matsipane Mosetlhanyane and Gakenyatsiwe Matsipane c. The Attorney General*, n° CACLB-074-10, arrêt, 27 Jan. 2011, para. 19, disponible à l'adresse : http://assets.survivalinternational.org/documents/545/bushmen-water-appeal-judgement-jan-2011.pdf. Pour d'autres décisions de juridictions nationales relatives au droit à l'eau, voir M. Dubuy, « Le droit à l'eau potable et à l'assainissement et le droit international », *Revue Générale de Droit International Public*, 116(2), 2012, 315-316.

31 CDH, *Observation générale No. 15*, para. 2.

32 CDH, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the scope and content of the relevant human rights obligations related to equitable access to safe drinking water and sanitation under international human rights instruments*, UN Doc. A/HRC/6/3, 2007, paras. 22-23.

S'agissant de l'accès à l'assainissement, l'accès à des installations sanitaires hygiéniques est un enjeu crucial de santé publique. Un Etat doit adopter des lois et mécanismes pour assurer l'installation de systèmes d'assainissement écologiques ou encore d'installations sanitaires à bas coût qui purifient et filtrent l'eau. Les conditions de disponibilité, de qualité, d'accessibilité ainsi que de coût abordable comptent parmi les critères à satisfaire[33].

La question du coût et du profit tiré des services liés à l'eau est source de tensions particulières. Certains y voient une raison pour les autorités publiques d'en rester les seuls pourvoyeurs par des moyens tel celui des régies publiques, car l'eau serait alors facturée à son juste prix. Cette doléance tient au fait que les modalités d'intervention du secteur privé ont pu en certaines circonstances être mises en cause du fait des accords de concession conclus et des tarifs préconisés. L'équité et le respect de la règle de droit ont pleinement leur part à jouer dans ce débat, tant à l'égard des opérateurs publics que privés. Les demandes d'accès à l'eau sont sans cesse croissantes. Qui plus est, la recherche et le développement sont nécessaires pour développer de nouvelles technologies liées tant à la qualité qu'à la quantité de l'eau fournie. Au sein de ce débat, l'apport des droits de l'homme est de requérir que le coût soit raisonnable eu égard aux moyens des populations concernées. Tout Etat doit s'assurer que les acteurs, publics et privés, soient soumis à cette exigence. Des gradations de prix peuvent être envisagées en fonction des populations concernées. Des partenariats public-privé[34] ou public-public peuvent voir le jour. Des politiques de subventions et d'octroi d'autres formes d'aide ont aussi leur part à jouer.

Le respect du principe de non-discrimination joue également sa part dans ces réflexions. Il appelle à l'obligation de promouvoir l'accessibilité physique et économique à l'eau pour les couches de la population les plus vulnérables ou pour celles qui sont marginalisées[35]. Ainsi, la décision de la Cour d'appel du Botswana, s'intéressant au sort réservé à une population autochtone, les Bushmen, a lié leur droit de retourner sur leurs terres ancestrales à leur droit de pouvoir accéder à l'eau et de creuser des puits pour leurs usages personnels[36].

---

[33] CDH, *Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation (Addendum), Progress report on the compilation of good practices*, UN Doc. A/HRC/15/31/ Add.1, 1er juil. 2010, para. 15.

[34] Ph. Marin, *Partenariats public-privé par les services d'eau urbains*, Banque Mondiale, PPIAF, Washington, 2009.

[35] Voir Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, *Aucun laissé-pour-compte. Bonnes pratiques pour un accès équitable à l'eau et à l'assainissement dans la région paneuropéenne,* New York/Genève, Organisation Mondiale de la santé (OMS), 2012.

[36] Cour d'Appel de la République du Botswana, *Matsipane Mosetlhanyane and Gakenyatsiwe Matsipane c. The Attorney General.*

L'équité joue également un rôle pour déterminer un prix de l'eau qui prenne en compte la distinction entre les groupes sociaux les plus aisés et les groupes défavorisés[37]. Approche économique et droits de l'homme se rencontrent. La mise en œuvre des principes de non-discrimination et d'équité contribue à la promotion du droit à l'eau. L'interruption, le refus injustifié d'accès aux services d'eau, ou encore des hausses disproportionnées du prix de l'eau sont susceptibles de constituer des violations de ces principes et du droit à l'eau[38]. On le saisit, la problématique de l'accès à l'eau se trouve à la jonction avec le droit des investissements[39] et celui des échanges internationaux, si on prend en compte les nécessités d'approvisionnement en eau dans de nombreuses régions du monde[40].

La promotion du droit à l'eau en droit international des droits de l'homme contribue à forger un discours égalitaire en matière d'accès à l'eau. Les Etats sont interpellés dans leur responsabilité de satisfaire à cet objectif. Ils ont l'obligation de respecter ce droit et de s'assurer que les entités non étatiques soumises à leur juridiction ou sous leur contrôle le respectent. Les entités privées et publiques en charge de la distribution de l'eau sont, de ce fait, redevables face aux prescriptions de ce droit, et plus particulièrement à l'exigence que les services attenants soient fournis à tous dans des conditions sociales et juridiques décentes.

Le droit d'accès à l'eau et à l'assainissement donne naissance à des obligations à effet immédiat ainsi qu'à des obligations de nature progressive dont la mise en œuvre peut s'échelonner dans le temps, selon les moyens et capacités disponibles. Cet aspect a été âprement discuté devant les juridictions sud-africaines en l'affaire Mazibuko[41]. Les plaignants avaient invoqué l'obligation de fournir en toute circonstance un service continu minimum. En l'espèce il s'agissait d'une quantité d'eau fixe à disposition pour chaque individu[42]. Ils invoquaient notamment pour

---

37 L'Observation générale No. 15 affirme : « Le prix des services doit être établi sur la base du principe de l'équité, pour faire en sorte que ces services, qu'ils soient fournis par des opérateurs publics ou privés, soient abordables pour tous, y compris pour les groupes socialement défavorisés. L'équité exige que l'eau ne représente pas une part excessive des dépenses des ménages les plus pauvres par rapport aux ménages plus aisés » (para. 27).

38 CDH, *Observation générale No. 15*, para. 44(a).

39 J.E. Vinuales, « Access to Water in Foreign Investment Disputes », *The Georgetown International Environmental Law Review*, 21, 2008-2009, 733-759 ; B. Zerhdoud, *Investissements relatifs à la gestion de l'eau et protection internationale de l'environnement: le cas des concessions*, Thèse, Université de Genève, 2012.

40 M. Cossy, « Le statut de l'eau en droit international économique. Principaux aspects au regard des règles de l'Organisation mondiale du commerce », in Boisson de Chazournes & Salman, *Les ressources en eau et le droit international*, 169-208.

41 Voir Constitutional Court of South Africa, Case CCT 39/09 [2009] 2 Acc 28.

42 M. Langford, A. Russell, « 'Global Precedent' or 'Reasonable No More' The Mazibuko case », *Journal of Water Law*, 19, 2008, 73 ; P. Danchin, « A Human Right to Water ?

ce faire des directives de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS)[43]. La Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud ne les a pas suivis, s'appuyant notamment sur le principe du caractère raisonnable d'une mesure pour apprécier le respect des obligations ainsi que la nécessité d'une appréciation continue dans le temps des mesures adoptées.

L'équité commande également le développement de stratégies proactives. En cela, la promotion du droit à l'eau complète l'Objectif du Millénaire relatif à l'eau et à l'assainissement, en requérant une approche de non-discrimination dans leur élaboration[44].

La protection de la santé humaine participe aussi à une gestion de l'eau axée sur les besoins humains. Outre des directives sur les quantités d'eau minimales, l'OMS a adopté des Directives sur la qualité de l'eau de boisson. Ces dernières sont

> destinées à servir de principes de base pour l'élaboration de normes nationales qui, si elles sont correctement appliquées, assureront la salubrité de l'eau de boisson grâce à l'élimination des constituants connus pour leur nocivité ou à la réduction de leur concentration jusqu'à une valeur minime[45].

Certains accords portant sur les cours d'eau internationaux font aussi place à la santé et à ses liens avec la gestion de l'eau, tel le Protocole sur l'eau et la santé de 1999[46]. Des instruments relatifs à la préservation de la qualité des eaux ont pour objectif de protéger tant la santé humaine que l'environnement. Tel est le cas de l'Accord entre le Canada et les Etats-Unis qui dans ses Annexes prévoit des règles particulières sur la concentration de polluants dans l'eau[47]. L'OMS préconise ce

---

The South African Constitutional Court's Decision in the Mazibuko Case », *European Journal of International Law Blog*, 13 jan. 2010.

43 G. Howard & J. Bartram, « Domestic Water Quantity, Service level and Health : What should be the goal for water and health sectors », OMS, Genève, 2003.

44 AGNU, *Obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement*, UN Doc. A/65/254, 6 août 2010, paras. 36 et 43.

45 OMS, *Directives de qualité pour l'eau de boisson*, 3e éd., vol. 1 à 3, Genève, OMS, 2006. Elles sont citées par l'Observation générale No. 15.

46 Le Protocole sur l'eau et la santé prévoit : « Les Parties prennent, en particulier, toutes les mesures appropriées pour assurer : a) Un approvisionnement adéquat en eau potable salubre [...] ; b) Un assainissement adéquat d'une qualité propre à permettre de protéger suffisamment la santé de l'homme et l'environnement » (art. 4.2 (b)). Voir A. Tanzi, « Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights Law : the UNECE Protocol on Water and Health, *International Community Law Review*, 2010, 267.

47 Voir les douze annexes de l'Accord relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs de 1978 entre le Canada et les Etats-Unis. Un autre exemple est l'annexe II à l'Accord sur le Danube de 1994 qui prévoit une liste de substances dangereuses (sans toutefois préciser le niveau de concentration tel que dans l'Accord entre les Etats-Unis et le Canada).

type de stratégies, qu'il soit de caractère régional tel le Protocole sur l'eau et la santé de 1999 ou qu'il consiste en l'adoption « d'instruments similaires destinés à une gestion durable de l'eau et à la réduction des maladies d'origine hydrique ou liées à l'absence de services d'assainissement »[48].

À l'échelon international, les politiques de développement, d'assistance et de coopération ne peuvent être détachées de ces aspirations. Le non-accès à l'eau et à l'assainissement est souvent lié à des questions de pauvreté et d'organisation sociale et politique. La promotion de la règle de droit en matière d'assistance publique au développement devrait guider les activités normatives, institutionnelles et opérationnelles dans le domaine de l'accès à l'eau et à l'assainissement. En ce sens, la satisfaction des Objectifs du Millénaire bénéficie de la promotion des droits de l'homme et ces derniers profitent de l'impulsion donnée par l'Assemblée générale en 2000 pour satisfaire aux Objectifs à atteindre en 2015.

Nombre d'organisations internationales peuvent contribuer, au travers de leurs activités, à raffermir le contenu du droit à l'eau et à l'assainissement, au moyen de l'adoption de normes de qualité, en assurant la protection des écosystèmes aquatiques essentiels en tant que source d'eau[49], ou encore en s'assurant que les activités opérationnelles n'entravent pas la réalisation du droit à l'eau potable et à l'assainissement. Il est intéressant, dans ce contexte, de remarquer que la satisfaction du droit à l'eau a pu être soulevée dans le cadre de la conduite de projets bénéficiant d'un financement public international. Des requêtes portées devant des mécanismes d'enquête ou de médiation établis par des institutions financières internationales ont conduit à ce que ces organes considèrent que la protection dont bénéficiaient les populations déplacées en matière d'accès à l'eau devait être étendue aux populations locales avec lesquelles elles cohabitaient[50], ou encore que les impacts sur l'accès à l'eau d'un projet de développement

---

48 OMS, *Eau potable, assainissement et santé, Soixante-quatrième Assemblée mondiale de la santé*, WHA64.24, 24 mai 2011, 4, para. 5.

49 L. Boisson de Chazournes, C. Leb et M. Tignino, « Environmental protection and access to water : the challenges ahead », in M.R. van der Valk et P. Keenan (dir.), *The right to water and water rights in a changing world*, joint publication by The Netherlands National Committee IHP-HWRP, UNESCO-IHE, Netherlands National Commission for UNESCO, Alliance for UPEACE and Co-operative Programme on Water and Climate (CPWC), Delft, 9-24.

50 Panel d'inspection de la Banque Mondiale, *Argentina/Paraguay Yacyretà Hydroelectric Project, Panel Review and Assessment*, 16 sept. 1997, 41, para. 206 ; *Paraguay – Reform Project for the Water and Telecommunication Sector* (*Loan No. 3842 – PA*) ; *Argentina – SEGBA V Power Distribution Project* (*Loan 2854 – AR*), *Rapport d'investigation*, 24 fév. 2004, 26, para. 82.

devaient conduire le maître d'ouvrage à fournir de nouvelles installations de distribution d'eau[51].

3. Le droit à l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, élément de justice procédurale

La garantie de l'accès à l'eau et à l'assainissement doit aussi être assortie de sauvegardes procédurales en matière d'information et de participation[52]. Les individus doivent pouvoir avoir accès, en toute égalité, aux informations dont les autorités publiques ou les tiers disposent concernant l'eau, les services d'approvisionnement en eau et la protection de l'environnement et être parties prenantes aux processus de décision pertinents. Des voies de justice doivent leur être ouvertes s'ils subissaient des dommages.

Les instruments de protection de l'environnement et de promotion du développement durable ont permis d'asseoir ces garanties et peuvent de ce fait contribuer à la réalisation du droit à l'eau[53]. La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, en son principe 10[54], lie les trois piliers que sont l'accès à l'information, la participation au processus de décision et l'accès à la justice. La Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement[55] a consacré cette interprétation en droit conventionnel. La Déclaration issue de la Conférence Rio +20 sur le développement durable rappelle l'importance attachée à la mise en oeuvre de ces principes pour la promotion d'un développement durable à l'échelon universel[56].

La procédure d'étude d'impact[57] permet de mettre en œuvre le principe de participation dans ses diverses composantes. Il en est ainsi en matière

---

[51] Société financière internationale, Agence Multilatérale de Garantie des Investissements, Bureau du CAO, *Complaint regarding the Baku-Tbilisi-Ceylan (BTC) Pipeline Project, Assessment Report*, oct. 2004, 7.

[52] Voir CDH, *Observation générale No. 15*, para. 12(c)(iv).

[53] Sur les vertus de ladite hybridation entre droits de l'homme et droit de l'environnement, voir V. Richard, « Quelle(s) approche(s) pour une meilleure garantie du droit humain international à l'eau ? », in C. Colard-Fabregoule & C. Cournil (dir.), *Changements environnementaux globaux et Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 417-431.

[54] Boisson de Chazournes, Desgagné, Mbengue & Romano, *Protection internationale de l'environnement*, 13-16.

[55] *Ibid*., 38-55.

[56] Conférence des Nations Unies sur le Développement durable, *L'avenir que nous voulons*, para. 43.

[57] A propos de l'étude d'impact, la Cour internationale de Justice a remarqué qu'il revient « à chaque Etat de déterminer, dans le cadre de sa législation nationale ou du processus d'autorisation du projet, la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet

d'investissements. Des projets peuvent affecter le bénéfice du droit à l'eau et à l'assainissement. L'une des manières de garantir le respect de ce droit est de s'assurer que les personnes susceptibles d'être affectées puissent exprimer leur point de vue en accédant à l'information nécessaire relative à l'activité projetée et en étant consultées. La décision de délégation de fourniture de services est à cet égard un des moments clefs du jeu de ces exigences[58].

En l'affaire *Tătar c. Roumanie*, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné de manière très claire la nécessité du respect du principe de l'étude d'impact pour protéger les droits des plaignants, en l'occurrence le respect de la vie familiale en cas de dommages à l'environnement[59]. Dans cette même décision, la Cour a rappelé l'importance de la participation du public. À la suite d'une catastrophe qui les avait affectés, l'organe judiciaire a considéré que les plaignants auraient dû être informés des risques et dangers encourus[60].

Si l'attention doit être portée sur la fourniture des prestations, ou sur ce que l'on pourrait dénommer leur offre, elle doit aussi prendre en compte le comportement des bénéficiaires et leur demande d'accès à l'eau et à l'assainissement. Ce dernier aspect n'a sans doute pas encore été suffisamment analysé. Le principe de non-discrimination et d'égalité a sa part à jouer en termes de droits et de responsabilités. Les questions de gaspillage, de mauvais entretiens ou encore de demandes injustifiées ont toutes des incidences sur le respect du droit à l'accès à l'eau et à l'assainissement. Les garanties procédurales en matière d'information et de participation contribuent à mettre en éclairage ces impacts, ce qui peut conduire à leur correction ou résorption.

Certaines procédures de règlement des différends font place à de possibles interventions du public. Les prérogatives de participation peuvent s'exercer au moyen de la soumission de mémoires d'*amicus curiae*, procédure consistant en ce que des personnes non parties à un litige puissent fournir au cours d'une procédure judiciaire, des informations sur des points de droit, voire des éléments factuels. La place progressive faite par le droit international des droits de l'homme

---

en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise. La Cour estime par ailleurs qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement doit être réalisée avant la mise en œuvre du projet. En outre, une fois les opérations commencées, une surveillance continue des effets dudit projet sur l'environnement sera mise en place, qui se poursuivra au besoin pendant toute la durée de vie du projet ». CIJ, *Affaire des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, 83-84, para. 205.

58 AGNU, *Rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement*, UN Doc. A/HRC/15/31, 29 juin 2010, para. 45.

59 Cour EDH, *Affaire Tătar c. Roumanie*, requête no. 67021/01, arrêt, 27 jan. 2009, paras. 110-112.

60 *Ibid.*, para. 113.

à l'accès à l'eau peut justifier leur acceptation. Ainsi, des tribunaux, considérant que la gestion de l'eau soulève des questions d'intérêt public qui intéressent la société civile, ont autorisé l'intervention d'*amicus curiae*[61]. Ils ont dans leurs ordonnances souligné l'intérêt public attaché à l'objet des différends portant sur des contrats de concession, en notant que des questions de droit international, y compris des considérations relatives aux droits de l'homme, étaient en jeu[62].

4. La marque de l'empreinte

La reconnaissance du droit à l'eau et à l'assainissement pour tout être humain prend progressivement corps dans l'ordre juridique international. Elle marque de son empreinte les politiques publiques nationales et internationales.

Les Etats, redevables de la satisfaction de ce droit, doivent s'assurer que les opérateurs, publics et privés, relevant de leur juridiction, voire de leur contrôle, se conforment à la réglementation relative à ce droit lorsqu'ils fournissent cette ressource mais aussi lorsqu'ils l'utilisent dans le cadre d'activités agricoles et industrielles n'entretenant pas de liens directs avec les services de distribution d'eau. En effet, les impacts de nombre de ces activités sur la ressource en eau sont susceptibles de porter atteinte à la satisfaction des besoins personnels et domestiques[63]. Les garanties procédurales de participation offrent des moyens aux populations concernées de les identifier et agir afin de les prévenir. La satisfaction des besoins humains en matière d'accès à l'eau ne peut en effet se départir d'une approche dialogique[64]. Le droit international des droits de l'homme est

---

[61] Voir par exemple *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine*, Affaire no. ARB/03/19, Order in response to a petition for transparency and participation as amicus curiae, 19 mai 2005, *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*, Affaire no. ARB/03/17, Order in response to a petition for participation as amicus curiae, 17 mars 2006 ; *Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania*, Affaire no. ARB/05/22, Procedural Order n°5, 26 mars 2007.

[62] Ainsi un Tribunal arbitral a souligné : « The factor that gives this case particular public interest is that the investment dispute centers around the water distribution and sewage systems of urban areas in the province of Santa Fe. Those systems provide basic public services to hundreds of thousands of people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations. Any decision rendered in this case, whether in favor of the Claimants or the Respondent, has the potential to affect the operation of those systems and thereby the public they serve ». *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*, 8, para. 18.

[63] Voir les conséquences de la catastrophe de Baia Mare sur l'accès à l'eau des populations riveraines, *Affaire Tătar c. Roumanie.*

[64] Voir L. Boisson de Chazournes, « Gouvernance et régulation au 21ème siècle: quelques propos iconoclastes », in L. *Boisson de Chazournes* & R. *Mehdi* (*dir.*), « Une société

porteur de cette approche, comme il l'est d'une approche fondée sur les principes d'égalité et de non discrimination.

Dans le domaine de l'accès à l'eau et à l'assainissement, les visages de la justice sont pluriels. Ces derniers sont liés les uns aux autres en ce sens que le droit à l'eau doit être appréhendé au travers de ses diverses facettes et il n'est pleinement satisfait que si tous ses visages apparaissent de pair à l'image de la *Femme assise avec les mains jointes*, peinte par Picasso[65].

international en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ? », Bruylant, Bruxelles, 2005, 19.

65 Picasso, 8 jan. 1938.

CHAPTER FORTY-SEVEN

AGAINST ALL ODDS: THE CONTRIBUTION OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Elisa Morgera*

Traditionally, the Convention on Biological Diversity (CBD)[1] is not seen as a forward-looking environmental treaty from a human rights standpoint. Its text does not include the word "right".[2] Both the Convention and all the decisions adopted by its governing body, the Conference of the Parties (COP), make reference to "indigenous and local communities", because parties cannot find consensus on utilising the more human rights-cognizant expression "indigenous peoples".[3] In addition, the CBD more significant article in terms of human rights implications (Article 8(j) on traditional knowledge) is heavily qualified, notably by a clause "subjecting" it to "national law".[4] Furthermore, indigenous peoples

* Senior Lecturer in Global Environmental Law and Director of the LLM Programme in Global Environment and Climate Change Law at the School of Law of the University of Edinburgh, UK.

1 Convention on Biological Diversity, 1760 UNTS 79, 5 June 1992 (entry into force: 29 Dec. 1993).

2 P. Birnie, A. Boyle & C. Redgwell, *International Law and the Environment*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, 627.

3 Notwithstanding repeated recommendations to do so from the UN Permanent Forum on Indigenous Issues: see, e.g., Economic and Social Council (ECOSOC), *Report of the Tenth Session of the UN Permanent Forum on Indigenous Issues*, UN Doc. E/2011/43-E/C.19/2011/14, 16–27 May 2011, paras. 26–27. The question was discussed most recently by the CBD COP in 2012 and eventually postponed for consideration in 2014, following consideration of "all its implications for the Convention on Biological Diversity and its Parties" (CBD Decision XI/14 G, 2012, para. 2).

4 Subjecting compliance with international law as expressed in the CBD to national law was considered unusual at the time of the Convention's adoption but has become a common feature in the development of soft law under the CBD. This type of reference to national law seems to point to the negotiators' intention to preserve the legal relationship between a State and the indigenous peoples within its territory based on pre-existing, but possibly also future, national law. L. Glowka *et al., A Guide to the Convention on Biological Diversity*, Gland, IUCN/World Conservation Union, 1994.

representatives and the UN Special Rapporteur on Indigenous Peoples' Rights, lamented that the most recent legal development under the Convention—its Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing[5]—does not sufficiently respect indigenous peoples' rights.[6]

There is indeed some scope for concern about the position of certain CBD parties *vis-à-vis* human rights, and the CBD has provided a forum in which the reticence of States on human rights questions has emerged. Negotiations under the CBD, for instance, highlighted continued opposition to the right to "prior informed consent" of indigenous peoples[7] and tepid language merely "noting"[8] the relevance of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples,[9] notwithstanding its intervening universal endorsement.[10]

Nonetheless, I would argue that the CBD has made in time, and against all odds, a significant conceptual and normative contribution on the linkage between human rights and the environment. This may be partly due to the procedural openness to inputs from indigenous peoples and local communities in negotiations under the CBD,[11] but also to the commitment and actual success of CBD

---

[5] 2010 Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity, (Nagoya Protocol), available at: http://www.cbd.int/abs/text/.

[6] E.g., United Nations General Assembly (UNGA), *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples to the General Assembly*, UN Doc. A/67/301, Aug. 2012, para. 58.

[7] Resulting in the adoption of the ambiguous expression "prior informed consent or approval and involvement" in the Nagoya Protocol, art. 7. Note that the UN Permanent Forum on Indigenous Issues stated that the term 'consultation' cannot replace or undermine the right of indigenous peoples to prior informed consent. See the *Report on the Tenth Session of the UN Permanent Forum on Indigenous Issues*, para. 36.

[8] Nagoya Protocol, preambular recital 26.

[9] UNGA, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc. A/RES/61/295, 13 Sept. 2007.

[10] The adoption of the Declaration by the General Assembly was initially opposed by Australia, Canada, the US and New Zealand. All these countries reversed their position by 2010 (See UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), press release "Indigenous rights declaration endorsed by States", 23 Dec. 2010, available at: http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Indigenousrightsdeclarationendorsed.aspx.

[11] Under the CBD Working Group on Article 8(j) (traditional knowledge), the fullest possible participation of indigenous and local communities is ensured in all Working Group meetings, including in contact groups. This is done by welcoming community representatives as Friends of the Co-Chairs, Friends of the Bureau and Co-Chairs of contact groups; without prejudice to the applicable rules of procedure of the Conference of the Parties establishing that only representatives duly nominated by parties are to conduct the business of CBD meetings. As a result, any text proposal by indigenous and local communities' representatives must be supported by at least one party. United Nations Environment Program (UNEP), *Report of the Seventh meeting of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Article 8(j) and Related Provisions*, UN Doc. UNEP/CBD/COP/11/7, 24 Nov. 2011, para. 20.

parties to reach consensus (albeit at the cost of qualified language).[12] In particular, the development of the legal concept of benefit-sharing[13] has provided a solid and innovative bridge between international environmental law and human rights law, and has surpassed in conceptual sophistication parallel discussions within international human rights processes.

I will develop this argument by looking at several areas of international law and policy where the CBD has contributed to strengthening the link between environment and human rights, namely: the substantive rights of indigenous peoples and local communities to genetic resources and associated traditional knowledge; the substantive rights of indigenous peoples and local communities concerned by conservation and sustainable use of biological resources; corporate accountability; and climate change.

1. The Rights of Indigenous and Local Communities Concerning Genetic Resources and Traditional Knowledge

Although it is far from perfect,[14] the Nagoya Protocol[15] contains legally binding obligations to respect certain substantive and procedural rights of indigenous peoples and local communities. This, *per se*, represents a step forward when compared with the non-legally binding provisions of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, and is the result of several years of conceptual and legal (albeit soft) developments under the Convention.[16] Overall, the Nagoya

---

[12] See generally, E. Morgera & E. Tsioumani, "Yesterday, Today and Tomorrow: Looking Afresh at the Convention on Biological Diversity", Yearbook of International Environmental Law, 21, 2011, 3–40.

[13] E. Morgera & E. Tsioumani, "The Evolution of Benefit-sharing: Linking Biodiversity and Community Livelihoods", *Review of European Community and International Environmental Law*, 15, 2010, 150.

[14] Following the adoption of the Protocol, a number of delegations including the African Group, the Central and Eastern European Group, Venezuela, and Bolivia made statements for the record to underscore certain reservations about the new instrument's quality and effectiveness. UNEP, *Report of the Tenth Meeting of the Conference of the Parties to the CBD*, UN Doc. UNEP/CBD/COP/10/27, 20 Jan. 2011, paras. 98–102.

[15] See generally, E. Morgera, M. Buck & E. Tsioumani (eds), *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing in Perspective: Implications for International Law and National Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012; and E. Morgera, M. Buck & E. Tsioumani, *Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, forthcoming 2014.

[16] The link between the protection of traditional knowledge (Art. 8(j)) and ABS was not explicit in the text of the Convention, but only emerged gradually in the work of the COP on ABS: Morgera & Tsioumani, "The Evolution of Benefit-sharing"; and L. Glowka & V. Normand, "The Nagoya Protcol on Access and Benefit-Sharing: Innovations in International Environmental Law", in Morgera *et al., The 2010 Nagoya Protocol*, 21.

Protocol has significant implications from a human rights perspective,[17] and can be considered the first multilateral environmental agreement containing substantive provisions on environmental human rights.[18]

Despite its often-ambiguous language and references to national legislation, the Protocol operative text advances the protection of traditional knowledge:[19] it requires parties to take the appropriate measures to ensure that traditional knowledge associated with genetic resources is accessed with the prior informed consent, or approval and involvement, of local and indigenous communities.[20] It further requires parties to take measures with the aim of ensuring that the prior informed consent or approval and involvement of these communities is obtained also before access to "genetic resources where they have the established right to grant access to such resources".[21] Accordingly, it requires that benefits arising from the utilization of traditional knowledge, as well as benefits arising from the use of genetic resources held by communities, are shared in a fair and equitable way and on mutually agreed terms with them.[22] These provisions are complemented by several other legal obligations of a procedural nature,[23] including a cross-cutting obligation to take into consideration indigenous and local communities' customary laws, community protocols and procedures with respect to traditional knowledge associated with genetic resources.[24] In addition, the future parties to the Nagoya Protocol are to proactively support communities' implementation of national ABS regulations, by empowering and preparing them to develop ABS arrangements.[25] These provisions, however, are weakened by the lack of corresponding monitoring obligations, which instead are created in relation to access to genetic resources held by States.[26] While questions related to the recognition of indigenous peoples and local communities' human rights

---

[17] A. Savaresi, "The International Human Rights Law Implications of the Nagoya Protocol", in Morgera et al., *The 2010 Nagoya Protocol*, 53; and Morgera, Buck & Tsioumani, *Commentary on the 2010 Nagoya Protocol*.

[18] As opposed to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), 2161 UNTS 447, 25 June 1998 (entry into force: 30 Oct. 2001), which is devoted to procedural environmental rights "[i]n order to contribute to the protection of the right of every person of present and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being" (Aarhus Convention, Art. 1).

[19] G. Singh Nijar, "Incorporating Traditional Knowledge in an International Regime on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: Problems and Prospects", *European Journal of International Law*, 21, 2010, 457.

[20] Nagoya Protocol, Art. 7.

[21] *Ibid.*, Art. 6(2).

[22] *Ibid.*, Art. 5(1)–(2).

[23] *Ibid.*, Art. 12.

[24] *Ibid.*, Art. 12(1).

[25] *Ibid.*, Arts. 21–22.

[26] *Ibid.*, Art. 17.

under the national law of the future parties to the Protocol and its implications for the Protocol implementation remain open,[27] ensuring interpretation and application in good faith of these provisions may become a key aspect of the work of the future compliance mechanism under the Protocol.[28]

More innovative institutional solutions may also be devised under the Protocol to ensure that its human rights dimensions are appropriately handled, such as an international ombudsman.[29] This could provide an intermediate layer in the compliance procedure where the party concerned and its relevant communities could initially address implementation challenges with some international facilitation, but without the immediate involvement of the compliance committee.[30] The ombudsman would be quite an innovative feature in the context of multilateral environmental agreements, that is more familiar in the human rights context: it could enable indigenous peoples and local communities to have immediate access to an international avenue for their complaints related to the Protocol's implementation at the national level.[31] There is therefore much scope for the Nagoya Protocol and its developing institutional set-up to contribute to the realization of substantive human rights associated with genetic resources of indigenous peoples and local communities.

---

[27] It has been noted, however, that the Protocol uses the clause "in accordance with national law" (arts. 5(2), 6(2), 7 and 12(1)), as opposed to "subject to national law" (CBD Art. 8(j)), as a positive development: K. Bavikatte & D.F. Robinson, "Towards a People's History of the Law-Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing", *Law, Environment and Development Journal*, 7, 2011, 45.

[28] Nagoya Protocol, Art. 30. For a discussion of possible options to ensure consideration of issues of, if not direct access by, indigenous peoples and local communities, see E. Morgera, "Second Meeting of the Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing: Emerging Legal Questions", *Environmental Policy and Law*, 42, 2012, 246–248.

[29] This had initially been proposed by the African Group during the negotiations of the Protocol, but was not included in the final text (Art. 14 bis in *Draft Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity*, UN Doc. UNEP/CBD/COP/10/5/Add.5 Annex I, 2010). The proposal has, however, been reiterated in the context of the negotiations for the establishment of a compliance committee, in the Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol: *Report of the second meeting of the Open-ended Ad Hoc Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol*, UN Doc. UNEP/CBD/COP/11/6, 26 July 2012, 54.

[30] Morgera, "Second Meeting".

[31] Morgera & Tsioumani, "Yesterday, Today and Tomorrow", 20.

2. The Rights of Indigenous and Local Communities Concerning the Conservation and Sustainable Use of Biological Resources

Besides this major legally binding development under the CBD, the normative activity of the CBD parties in the form of COP decisions should also be carefully studied for its conceptual significance in progressively teasing out the relationship between the conservation and sustainable use of biological resources and the human rights of indigenous peoples and local communities. Although fragmented and well-hidden,[32] a coherent body of intergovernmental guidance for the protection of the rights of these communities has emerged from the work of the CBD COP, notably embodying the consensus of 193 states.[33] Consensus may have a "powerful law-making effect by way of securing widespread support for a text that legitimizes and promotes consistent state practice.[34]

This composite guidance has led to the emergence of a concept of benefit-sharing between the State and communities that may not necessarily be directly linked to the use of traditional knowledge—that is, going beyond the text of the Convention. It also points to the need to ensure the full involvement of indigenous and local communities in the conservation and sustainable use of biodiversity, possibly based on an implicit understanding that traditional knowledge will be used to this end. In addition, it refers to benefit-sharing as a way to compensate communities for negative impacts of conservation and sustainable use activities at the local level.[35] As a whole, these developments represent the crystallization of the expectation that States adopt a bottom-up approach to building a true

---

[32] This is due to the fact that CBD parties' guidance is dispersed throughout a myriad of generally long COP decisions; and within these decisions, relevant passages are not always well organized or clearly separated by topic or addressee. Frequent qualifications and convoluted drafting further undermine the comprehensibility of COP decisions and of their legal implications under the CBD. CBD parties have long complained of the convoluted, repetitious and disorderly style of drafting of the CBD COP decisions (see, for instance, Decision X/12 *Ways and means to improve the effectiveness of the Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice* (SBSTTA), 29 Oct. 2010, para. 6, which reads: "[*the COP*] *requests* the Executive Secretary to streamline the texts of suggested draft recommendations for submission to the Subsidiary Body and *encourages* Parties to make these recommendations as short as possible so that the actions required are clear"). Note that SBSTTA recommendations form the basis of the majority of the CBD COP decisions, and that this problematic drafting practice is reflected across all the other sub-processes that contribute to formulating the rest of the CBD COP decisions.

[33] Representing the whole international community, with the exception only of the United States, Andorra, and the Holy See. It should be noted that there is anecdotal evidence that the United States is significantly involved in the CBD process: see note 12 in Morgera & Tsioumani, "Yesterday, Today and Tomorrow".

[34] A. Boyle & C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2007, 160.

[35] This argument is fully developed in Morgera & Tsioumani, "The evolution of benefit-sharing".

partnership with communities for the conservation and sustainable use of biodiversity by proactively providing for a combination of economic and non-economic benefits. This understanding is underpinned by a series of concrete procedural steps, such as the use of environmental and social impact assessments, the integration of traditional knowledge and community concerns in management plans, and the legal recognition and active support of community-based management arrangements. Furthermore, other steps include the setting-up of benefit-sharing mechanisms so that revenue generated through conservation and sustainable use activities that is accrued by the State or outside investors flows also to communities, the provision of livelihood-based mitigation and compensatory measures, the use of other incentives such as payments for ecosystem services, as well as the re-investment of benefits in the protection of traditional knowledge and sustainable traditional practices.[36]

Overall, notwithstanding continued reluctance by some CBD parties to use more explicit human rights language in CBD COP decisions,[37] the normative activity of the CBD COP has had far-reaching implications for the protection of the rights of indigenous peoples and local communities in the context of the precautionary and ecosystem approaches, well in line with international human rights developments.[38] As a result, benefit-sharing in the context of the ecosystem approach implies that the State is expected to couple procedural guarantees for community participation in decision-making and management planning with substantive measures for the legal recognition of communities' sustainable practices, the provision of guidance and support to improve the environmental sustainability of community practices, and the proactive identification of opportunities for better/alternative livelihoods in these endeavours, with a view to facilitating understanding of, and compliance with, the law. This detailed guidance represents fertile ground to ensure an environmental human rights-based approach across several thematic areas of work of the Convention, ranging from sustainable forest management[39] to coastal and marine ecosystems[40] and protected areas,[41] to mention just a few examples.

---

[36] For supporting references in various CBD decisions, see Morgera & Tsioumani, "The evolution of benefit-sharing", 160–165.

[37] Morgera & Tsioumani, "Yesterday, Today and Tomorrow", 15–16 and 18–23.

[38] Notably, relevant human rights case law: M. Barelli, "The Interplay between Global and Regional Human Rights Systems in the Construction of the Indigenous Rights Regime", *Human Rights Quarterly*, 32, 2010, 951, particularly at 971–972 and 975–978.

[39] E.g., United Nations Forum on Forests (UNFF), *Resolution on Forests for People, Livelihoods and Poverty Eradication*, 4 Feb. 2011, available at: http://www.un.org/esa/forests/pdf/session_documents/unff9/Adopted%20resolution%20at%20530PM%20%204%20Feb%202011.pdf.

[40] The question of the rights of indigenous peoples and local communities remains basically un-tackled under the law of the sea: C. Salpin, "The Law of the Sea: A Before and an After Nagoya?", in Morgera *et al., The 2010 Nagoya Protocol*, 183.

[41] The creation of protected areas has led to violations of human rights: see African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR), *Centre for Minority Rights Development*

3. Corporate Accountability

Notwithstanding these notable international developments, CBD parties have been generally quite reluctant to put into operation benefit-sharing at the national level.[42] And probably for this very reason, they have been quite open to frame relevant CBD voluntary guidelines so as to addressed also non-State actors, especially the private sector. This is the case of the Addis Ababa Principles and Guidelines on Sustainable Use,[43] the Guidelines on Biodiversity and Tourism Development,[44] and the Akwé: Kon Guidelines on environmental and sociocultural impact assessments.[45] In those instances, references to benefit-sharing may not only refer to the role of the State in directly sharing benefits with communities and developing national legislation to that effect, but also the possibility for the private sector[46] to share benefits with relevant indigenous and local communities. The CBD has thus provided a virtually universal forum for reaching intergovernmental consensus on standards for corporate environmental

(Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya, 267/2003, 4 Feb. 2010.

42 As documented in 2009 in relation to protected areas (UNEP, *In-depth Review of the Implementation of the Programme of Work on Protected Areas,* UN Doc. UNEP/CBD/SABSTTA/14/5, 14 Jan. 2010, 8–9), for instance.

43 Addis Ababa Principles and Guidelines for the Sustainable use of Biodiversity, adopted by CBD COP Decision VII/12, *Sustainable Use (Art. 10)*, 13 April 2004, Annex II, para. 1 clarifies that 'The principles provide a framework for advising Governments, resource managers, indigenous and local communities, the private sector and other stakeholders about how they can ensure that their use of the components of biodiversity will not lead to the long-term decline of biological diversity".

44 International Guidelines for activities related to sustainable tourism development in vulnerable terrestrial, marine and coastal ecosystems and habitats of major importance for biological diversity and protected areas, including fragile riparian and mountain ecosystems, CBD Decision VII/14, 13 April 2004, Annex, para. 2 clarifies that the guidelines provide a framework for addressing what the proponent of new tourism investment or activities should do to seek approval, as well as technical guidance to managers with responsibility concerning tourism and biodiversity.

45 Although they are directed to parties and governments (CBD, *Akwé: Kon Voluntary Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessment regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities, in Article 8(j) and related provisions*, CBD COP Decision VII/16F, 13 April 2004, para. 1, the Guidelines are expected to provide a collaborative framework for Governments, indigenous and local communities, decision makers and managers of developments (para. 3).

46 For an early reflection on the role of multinational companies in ensuring the protection of traditional knowledge, see D. Shelton, "Fair Play, Fair Pay: Preserving Traditional Knowledge and Biological Resources", *Yearbook of International Environmental Law*, 5, 1994, 101–102.

accountability with significant human rights dimensions.[47] This has occurred even before the Convention parties and Secretariat started activities specifically targeting the involvement of the business community into the CBD implementation in 2005.[48] The CBD normative activity is particularly significant in supporting a coherent approach to corporate environmental accountability bridging human rights and environmental perspectives with its focus on indigenous and local communities, and covering several environmental issues in light of the ecosystem approach,[49] particularly with regard to consultation, impact assessment and benefit-sharing.[50]

Specific guidance elaborated in the context of the Convention on Biological Diversity has in fact clearly influenced the practice of international corporate accountability mechanisms, providing detailed procedures that have received the endorsement of the CBD's virtually universal membership. Notably, the CBD Akwé: Kon Guidelines are being used more and more often in different contexts to assess whether private companies' conduct is acceptable in light of international human rights standards. For instance, the 2012 Performance Sustainability Standards of the private sector-arm of the World Bank, the International Finance Corporation, relied on the CBD and the legal concept of benefit-sharing, as a key link between prior informed consent and due diligence.[51] Accordingly, private companies are called upon to put in place mitigation measures, such as compensation and benefit-sharing taking into account indigenous peoples' laws, institutions and customs, and to ensure that distribution of benefits be individually or collectively based or a combination of both. Benefits may include, according to the preferences of indigenous peoples, culturally-appropriate improvement of their standard of living and livelihoods and the long-term sustainability of the natural resources on which they depend.[52] Benefit-sharing is further envisaged

---

47 Morgera, & Tsioumani, "Yesterday, Today and Tomorrow".

48 For an early assessment, see E. Morgera, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford/ New York, Oxford University Press, 2009, chap. 8, based on CBD, Decision VIII/17, *Private Sector Engagement*, 15 June 2006 and CBD, *Promoting Business Engagement*, 9 Oct. 2008.

49 "Principles of the Ecosystem approach", in CBD, *Ecosystem approach*, CBD Decision V/6, 22 June 2000, Annex B and "Refinement and Elaboration of the Ecosystem Approach, Based on Assessment of Experience of Parties in Implementation", in CBD Decision VII/11, *Ecosystem approach*, 13 April 2004, Annex I.

50 This argument was initially put forward in E. Morgera, "From Corporate Social Responsibility to Accountability Mechanisms", in P.-M. Dupuy and J.E. Viñuales (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards,* Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 321.

51 *Ibid*.

52 International Finance Corporation (IFC), *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability, Effective 1 January 2012*, available at: http://www.scribd.com/fullscreen/84697447?access_key=key-e7e5o433l7aoz0x9qvj. Performance Standard 7 – Indigenous Peoples, paras. 12–13.

where the business entity 'intends to utilise natural resources that are central to the identity and livelihoods of indigenous peoples and their use exacerbates livelihood risk.[53] Another instance occurred in the context of the implementation procedure of the OECD Guidelines for Multinational Corporations:[54] the UK National Contact Point (NCP) used the Akwé: Kon Guidelines to interpret the OECD Guidelines provisions on consultations on environmental impacts, to determine that a mining company failed to employ the local language or means of communication other than written form for consultations with communities with very high rate of illiteracy.[55]

These developments are particularly significant as the UN Framework on Business and Human Rights,[56] which has been the most notable international development in relation to international law and corporate accountability, did not include an environmental dimension. Nonetheless, it borrowed key concepts from international environmental law such as impact assessment and life-cycle assessment and disregarded the fact that a significant portion of corporate violations of human rights are linked to environmental degradation.[57] This explains why, the UK NCP underlined that in carrying out a human rights impact assessment, as suggested by the UN Framework on Business and Human Rights, the Akwé: Kon Guidelines could be used as a point of reference, particularly for carrying out impact assessments on indigenous groups.[58] Along similar lines, the UN Rapporteur on Indigenous Peoples' Rights pointed to the need to complement the UN Framework with an environmental dimension that is of particular significance for the protection of the rights of indigenous peoples.[59] He then indicated that concepts such as benefit-sharing and socio-cultural and environmental impact assessments, as elaborated upon under the CBD through the Akwé:

---

[53] *Ibid.*, para. 18.

[54] OECD, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris, OECD Publishing, 2011.

[55] UK National Contact Point (UK NCP), *Final Statement by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Complaint from Survival International against Vedanta Resources plc*, 25 Sept. 2009, paras. 44–46.

[56] United Nations Human Rights Council (HRC), *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, UN Doc. A/HRC/8/5, 2008 (Report–Protect, Respect and Remedy), which was endorsed by the Human Rights Council Resolution A/HRC/RES/8/7, 2008; and UN Special Representative on Human Rights and Business Enterprises, *Guiding Principles on Business and Human Rights to implement the UN Protect, Respect and Remedy Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31, 2011, which were adopted by the Human Rights Council by the Resolution A/HRC/17/4, 2011.

[57] E. Morgera, "From Corporate Social Responsibility".

[58] UK NCP, *Final Statement on Vedanta*, para. 79.

[59] HRC, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, UN Doc. A/HRC/12/34, 2009, Section E.

Kon Guidelines, can significantly contribute to fleshing out standards for corporate accountability with respect to indigenous rights in the context of the due diligence approach of the UN Framework on Business and Human Rights.[60] He also stressed that in addition to entitlement to compensation, indigenous peoples have a right to share in the benefits arising from business activities taking place on their traditional lands or in relation to their traditionally used natural resources.[61] Along similar lines, the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples stressed the link between prior informed consent, benefit-sharing and mitigation measures in the context of large-scale natural resource extraction on indigenous peoples' territories, underscoring the importance of the CBD work programme on protected areas and the Akwé: Kon Guidelines.[62]

4. Climate Change

Climate change has rapidly become a key cross-cutting component in the work of the CBD both as a threat to biodiversity (the negative impacts of climate change, and of climate responses, on biodiversity and the livelihood of communities); and as a response that contributes to biodiversity conservation and sustainable use (mitigation and adaptation measures with biodiversity co-benefits). The CBD COP has thus emphasized the need to assess the negative impacts of climate change response measures on biodiversity and community livelihoods, and the application of the ecosystem approach to climate change mitigation and adaptation.[63] By focusing on local and indigenous communities and the ecosystem approach, the CBD has contributed to give "a human face"[64] to the international discussions and national implementation on climate change.

From the myriad of decisions that the CBD COP adopted in the last few years on biodiversity and climate change, a comprehensive and sophisticated body of guidance has emerged to integrate human rights considerations to the technicalities of the emerging notion of an ecosystem approach to climate change

---

[60] HRC, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya*, UN Doc. A/HRC/15/37, 2010, paras. 73–75.

[61] *Ibid*., paras. 76–80.

[62] HRC, *Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, Progress report on the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making*, UN Doc. A/HRC/15/35, 2010 and *Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples on its third session, Geneva (12–16 July 2010)*, UN Doc. A/HRC/15/36, 2010.

[63] E. Morgera, "Far Away, So Close: A Legal Analysis of the Increasing Interactions between the Convention on Biological Diversity and Climate Change Law", *Climate Law*, 2, 2011, 85.

[64] J. Von Doussa, A. Corkery and R. Chartres, "Human Rights and Climate Change", *Australian International Law Journal*, 14, 2007, 171.

mitigation and adaptation, with inputs from indigenous and local community representatives. For instance, the CBD COP recommended assessing the impacts of climate change not only on biodiversity but also on the biodiversity-based livelihoods of indigenous and local communities, with a view to identifying adaptation priorities. Particular attention is directed, in this respect, to livelihoods within ecosystems that have been identified as being particularly vulnerable to the negative impacts of climate change.[65] In addition, CBD parties undertook to ensure that any resettlement of indigenous communities as a consequence of the establishment or management of protected areas, including for mitigation purposes, will only take place with their prior informed consent that may be given according to national legislation and applicable international obligations.[66] Furthermore, CBD parties committed to designing and implementing their climate change mitigation activities by taking into account the needs and opportunities to sustain or enhance the services provided by inland water ecosystems,[67] ensuring opportunities for the active participation of indigenous and local communities in all stages of rapid assessments of biodiversity of inland waters traditionally occupied or used by these communities, consistent with the Akwé: Kon Voluntary Guidelines. This is coupled with the provision of support to these communities in re-establishing, developing and implementing traditional approaches and/or adaptive management approaches to conserve and sustain the use of the biodiversity of inland water ecosystems. CBD parties are also to draw upon scientific, technical and technological knowledge of these communities, with their prior informed consent, in the implementation phase and promote the fair and equitable sharing of benefits gained from the use of inland water genetic resources and associated traditional knowledge.[68] And in terms of ecosystem-based adaptation, CBD parties are further called upon to recognize the role of areas conserved by indigenous peoples and local communities in strengthening ecosystem connectivity and resilience, with a view to supporting ecosystem services and biodiversity-based livelihoods in the face of climate change.[69]

This brief excursus may suffice to underline that the CBD normative work on climate change has remarkably quickly generated intergovernmental support for a human right-based approach to climate change,[70] bringing "much needed

---

65 CBD, Decision 33, *Biodiversity and climate change*, 20 Jan. 2011, para. 8(b).

66 CBD Work Programme on Protected Areas, supra, note 95, para. 2(2)(5).

67 CBD, Decision 28, *Inland waters biodiversity*, 20 Jan. 2011, paras. 26(a), (b) and 27.

68 CBD, Decision 4, *Biological Diversity of Inland Water Ecosystems*, 13 April 2004, para. 24 and *Annex, Revised programme of work on inland water biodiversity*, para. 9.

69 *Ibid.*, para. 8(i) and (j).

70 This argument is more fully explored in E. Morgera, "No Need to Reinvent the Wheel for a Human Rights-Based Approach to Tackling Climate Change: The Contribution of International Biodiversity Law", in E. Hollo, K. Kulovesi & M. Mehling (eds.), *Climate Change and the Law*, Dordrecht/New York, Springer, 2013, 350–390.

attention to individual welfare"[71] in the context of the climate change regime, as well as a "community" dimension[72] to the ecosystem approach to mitigation and adaptation. This is a much-needed and original influence on the incipient debate on human rights and climate change.[73]

5. Conclusions

When focusing on the fine details of the normative and legal developments under the CBD, it appears incontrovertible that the CBD has progressively included a human rights dimension in its own work, not only in the case of the Nagoya Protocol's provisions on indigenous and local communities, but also in its soft law on benefit-sharing in the context of conservation and sustainable use. What is more, the CBD has also injected or strengthened a human rights dimension in the work of other multilateral environmental processes, notably in the international climate change regime. And it has even contributed to the progressive development of international human rights law, as was evidenced by its contributions to the fleshing out of the corporate responsibility to respect human rights.

---

71 L. Rajamani, "The Increasing Currency and Relevance of Rights-based Perspectives in the International Negotiations on Climate Change", *Journal of Environmental Law*, 22, 2010, 429.

72 On the need for a community-focused rather than individualistic human rights-based approach, see generally F. Francioni, "International Human Rights in an Environmental Horizon", *European Journal of International Law*, 21, 2010, 41.

73 E.g., S. Humphreys, *Climate Change and Human Rights: A Rough Guide*, Geneva, International Council on Human Rights, 2008; E. Cameron, "Human Rights and Climate Change: Moving from an Intrinsic to an Instrumental Approach", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 38, 2009–2010, 673; and J. Knox, "Climate Change and Human Rights Law", *Virginia Journal of International Law*, 50, 2009–2010, 163.

PARTIE V

BIBLIOGRAPHIE DE PIERRE-MARIE DUPUY

PART V

BIBLIOGRAPHY OF PIERRE-MARIE DUPUY

BIBLIOGRAPHIE/BIBLIOGRAPHY

1. Livres et monographies

La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle, Paris, Pedone, 1976.

La diligence due dans le droit international de la responsabilité. Aspects juridiques de la pollution transfrontalière, Paris, OCDE, 1977.

Les ONG et le droit international (dir. publ. avec M. Bettati, et rédaction des conclusions générales), Paris, Economica, 1986.

Droit international public, Paris, Dalloz, 1re éd., 1992.

Droit international public, Paris, Dalloz, 2e éd., 1993.

La Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et les mutations en Europe centrale et orientale (dir. publ., et rédaction des conclusions générales), Paris, LGDJ, collection Travaux et recherches Panthéon-Assas, Paris II, 1994.

Droit international public, Paris, Dalloz, 3e éd., 1995.

Les grands textes de droit international public, Paris, Dalloz, 1re éd., 1996.

Droit international public, Paris, Dalloz, 4e éd., 1998.

Droit international public, Paris, Dalloz, 5e éd., 2000.

Les grands textes de droit international public, Paris, Dalloz, 2e éd., 2000.

Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat français (dir. publ., et introduction générale), Paris, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 2001.

Droit international public, Paris, Dalloz, 6e éd., 2002.

Les grands textes de droit international public, Paris, Dalloz, 3e éd., 2002.

Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats, colloque de Florence, Institut universitaire européen, décembre 2001 (dir. publ., et rapport de synthèse), Paris, Pedone, 2003.

L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public, Recueil des cours, tome 297, 2003, p. 9-489.

Droit international public, Paris, Dalloz, 7e éd., 2004.

Les grands textes de droit international public, Paris, Dalloz, 4e éd., 2004.

Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat. Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat (dir. publ. avec B. Fassbender, M. Shaw, K.-P. Sommermann), Kehl, Engel, 2006.

Droit international public, Paris, Dalloz, 8e éd., 2006.

Les grands textes de droit international public, Paris, Dalloz, 5e éd., 2006.

Droit international public, Paris, Dalloz, 9e éd., 2008.

Les grands textes de droit international public, Paris, Dalloz, 6e éd., 2008.
NGOs in International Law: Efficiency in Flexibility? (dir. publ. avec L. Vierucci), Northampton, E. Elgar, 2008.
Human Rights in International Investment Law and Arbitration (dir. publ. avec F. Francioni, E.U. Petersmann), Oxford, Oxford University Press, 2009.
Droit international public (avec Y. Kerbrat), Paris, Dalloz, 10e éd., 2010.
Les grands textes de droit international public (avec Y. Kerbrat), Paris, Dalloz, 7e éd., 2010.
Droit international public (avec Y. Kerbrat), Paris, Dalloz, 11e éd., 2012.
Les grands textes de droit international public (avec Y. Kerbrat), Paris, Dalloz, 8e éd., 2012.
Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection : Incentives and Safeguards (dir. publ. avec J.E. Viñuales), Cambridge : Cambridge University Press, 2013.

2. Articles et études

« Sur des tendances récentes dans le droit international de l'environnement », *Annuaire français de droit international*, vol. 20, 1974, p. 815-829.
« La position française en matière diplomatique », *Annuaire français de droit international*, vol. 22, 1976, p. 743-755.
« La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 23, 1977, p. 837-860.
« Due Diligence in International Law of Liability », *Legal Aspects of Transfrontier Pollution*, Paris, OECD, 1977, p. 369-379.
« L'affaire des essais nucléaires français et le contentieux de la responsabilité internationale publique », *German Yearbook of International Law*, vol. 20, 1977, p. 375-405.
« La gestion concertée des ressources naturelles : A propos du différend entre le Brésil et l'Argentine relatif au barrage d'Itaipu », *Annuaire français de droit international*, vol. 24, 1978, p. 866-889.
« Le droit à la santé et la protection de l'environnement », *Le droit à la santé en tant que droit de l'homme*, colloque de l'Académie de droit international de La Haye et de l'Université des Nations Unies, Sijthoff, 1978, p. 340-427.
« Action publique et crime international de l'Etat : A propos de l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des États », *Annuaire français de droit international*, vol. 25, 1979, p. 539-554.
« La frontière et l'environnement », *La Frontière*, colloque de la Société française pour le droit international (SFDI), Paris, Pedone, 1980.
« Observations sur le crime international de l'Etat », *Revue générale de droit international public*, vol. 84, 1980, p. 449-486.
« Note sur la disparition récente de deux groupements insulaires en Méditerranée orientale », *Annuaire de droit maritime et aérien*, vol. 7, 1983, p. 209-224.
« Observations sur la pratique récente des sanctions de l'illicite », *Revue générale de droit international public*, vol. 87, 1983, p. 505-548.
« La réparation des dommages causés aux nouvelles ressources naturelles », *Le règlement des différends sur les nouvelles ressources naturelles*, colloque de l'Académie de droit international de La Haye et de l'Université des Nations Unies, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 427-444.
« Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *Recueil des cours* de l'Académie de droit international, 188, 1984, p. 9-133.
« Technologie et ressources naturelles 'nouvelles' et 'partagées' », *Mélanges C.-A. Colliars*, Paris, Pedone, 1984, p. 207-231.
« Sur la spécificité de la norme en droit international du développement », *La formation des normes en droit international du développement*, CRESM, 1982, CNRS, 1985, p. 131-144.

« Le droit international de l'environnement et la souveraineté des États. Bilan et perspectives », dans R.-J. Dupuy (dir. publ.), *The Future of the International Law of the Environment*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 29-50.
« L'invocation de la légitime défense dans les justifications des États », dans J.F. Gilhaudis, M. Torelli (dir. publ.), *Force armée et diplomatie*, Nato/Asi Series, Martinus Nijhoff Publishers, Bruylant, 1985, p. 126-144.
« La préservation du milieu marin », dans R.-J. Dupuy et D. Vignes (dir. publ.), *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris/Bruxelles, Economica/Bruylant, 1985, p. 979-1048.
« Ressources naturelles partagées et ressources de l'humanité », *Annuaire de l'A.A.A.*, vol. 54, 1986, p. 201-228.
« Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'Étude et de Recherche de l'Académie », *La pollution transfrontière et le droit international*, Académie de Droit International de La Haye, Dordrecht, Kluwer, 1986, p. 33-88.
« Le droit international dans un monde pluriculturel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 2, 1986, p. 583-599.
« Corps de principes et règles relatifs à la protection de l'environnement contre la pollution transfrontière », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 43, 1987, p. 187-190.
« Faute de l'État et fait internationalement illicite », *Droits*, 5, 1987, p. 51-63.
« L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international) », *Archives de philosophie du droit*, Le droit international, Paris, Sirey, 1987, p. 119-134.
« L'action des organisations internationales dans le domaine de la protection de l'environnement », dans R.-J. Dupuy (dir. publ.) *Manuel sur les organisations internationales*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 598-624.
« Le juge et la règle générale », *Revue générale de droit international public*, vol. 93, 1989, p. 569-598.
« Implications of the Institutionalization of International Crimes of States », dans J. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi (dir. publ.), *International Crimes of States*, Berlin, De Gruyter, 1989, p. 170-185.
« The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution? », *Michigan Journal of International Law*, 1989, p. 105-112.
« Attribution Issues in State Responsibility—Commentary », *Proceedings A.S.I.L.*, 1990, p. 72-73.
« Humanité, communauté, et efficacité du droit », *Humanité et droit international : mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, p. 133-148.
« À propos de l'opposabilité de la coutume générale : Enquête brève sur l' « objecteur persistant », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 257-279.
« Soft Law and the International Law of the Environment », *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1991, p. 420-435.
« Responsabilité et légalité », *La responsabilité internationale*, colloque SFDI, Le Mans, Paris, Pedone, 1991, p. 263-297.
« L'État et la réparation des dommages catastrophiques », dans F. Francioni, T. Scovazzi (dir. publ.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991, p. 125-148.
« Overview of the Existing Customary Legal Regime Regarding International Pollution », *International Law and Pollution*, Magraw, University of Pennsylvania Press, 1991, p. 61-89.
« Après la guerre du Golfe », *Revue générale de droit international public*, vol. 95, 1991, p. 621-638.
« Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States », *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992, p. 139-148.

« Sécurité collective et organisation de la paix », *Revue générale de droit international public*, vol. 97, 1993, p. 617-627.
« International Control and State Responsibility », dans K. Ginther (dir. publ.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität. Festschrift für Karl Zemanek*, Berlin, Duncker und Humblot, 1994, p. 307-318.
« Conclusiones del Profesor Pierre-Marie Dupuy sobre el Derecho Internacional ante el siglo XXI », *Anuario de derecho internacional*, vol. 10, 1994, p. 373-376.
« Droit international humanitaire et maintien de la paix et de la sécurité internationale : harmonie ou contradiction ? », *Les nouveaux aspects du droit international : colloque de Tunis des 14, 15 et 16 avril 1994*, Paris, Pedone, 1994, p. 87-108.
« Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », dans M. Rama-Montaldo (dir. publ.), *Le Droit international dans un monde en mutation : liber amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 51-68.
« Sécurité collective et construction de la paix dans la pratique contemporaine du Conseil de sécurité », dans U. Beyerlin (dir. publ.), *Recht zwischen Umbruch un Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, 1995, p. 41-56.
« À propos d'un anniversaire», *Revue générale de droit international public*, vol. 99, 1995, p. 777-786.
« Droit international humanitaire et maintien de la paix et de la sécurité collective : Harmonie ou contradictions ? », *Les nouveaux aspects du droit international*, colloque de Tunis, 1994, Paris, Pedone, 1995, p. 87-108.
« Article 2 [Premier protocole additionnel] » (avec L. Boisson de Chazournes), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 999-1010.
« The Judicial Policy of the International Court of Justice », dans F. Salerno (dir. publ.), *Il ruolo del giudice internazionale nell'evoluzione del diritto internazionale e communitario*, CEDAM, 1995, p. 61-82.
« La souveraineté de l'État et le droit des Nations Unies », dans R. Drago (dir. publ.), *Souveraineté de l'État et interventions internationales*, Paris, Dalloz, 1996, p. 23-31.
« Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », *Harmonie et contradiction en droit international*, Paris, Pedone, 1997, p. 17-54.
« Protection internationale de la couche d'ozone et spécificité relative des régimes spéciaux de contrôle de l'application du droit international », *Währung und Wirtschaft, Das Geld im Recht, Festschrift für Hugo J. Hahn*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1997, p. 539-554.
« Análisis de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 julio de 1996 sobre la licitud de la amenaza o del uso de las armas nucleares », dans P.A. Fernández Sánchez (dir. publ.), *La licitud de luso de las armas nucleares en los conflictos armados*, Universidad de Huelva/Universidad de Sevilla, 1997, p. 87-99.
« Où en est le droit international de l'environnement à la fin du XX^{e} siècle ? », *Revue générale de droit international public*, vol. 101, 1997, p. 873-903.
« Droit des traités, codification et responsabilité internationale », *Annuaire français de droit international*, vol. 43, 1997, p. 7-30.
« The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, p. 1-33.
« L'enfer et le paradigme: Libres propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l'objectif idéal du maintien de la paix », *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, p. 187-201.
« International Law: Torn between Coexistence, Cooperation and Globalization. General Conclusions », *Symposium: The Changing Structure of International Law Revisited, First Euro-American Colloquium of International Law, Paris, 1997, European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, p. 278-286.

« On the "Doctrine" of Approximate Application of Treaties in International Law », *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 97-102.

« À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec le droit de la protection de l'environnement », *Les hommes et l'environnement – Quels droits pour le vingt-et-unième siècle ? – Études en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 269-282.

« Article 2 [Premier protocole additionnel] » (avec L. Boisson de Chazournes), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 999-1010.

« The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice », *New York University Journal of International Law and Politics*, 31, 1999, p. 791-807.

« L'infraction internationale », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1999.

« Le maintien de la paix », dans R.-J. Dupuy (dir. publ.), *Manuel sur les organisations internationales*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2e éd., 1999, p. 563-603.

« Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre », conclusions générales du colloque IHEI-Paris, décembre 1998, Paris, Pedone, 1999.

« Crimes et immunités: A propos de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat en droit international », éditorial, *Revue générale de droit international public*, 103(2), 1999.

« Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », *Revue générale de droit international public*, vol. 103, 1999, p. 289-296.

« Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility », *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 371-385.

« Les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », dans R.-J. Dupuy (dir. publ.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 117-130.

« Western Views of Japanese Practice in the Field of Human Rights and Humanitarian Law », dans Nisuke Ando (dir. publ.), *Japan and International Law : Past, Present and Future*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 271-283.

« La pratique de l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales », *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practicioners in the Field of International Law*, United Nations Office of Legal Affairs, 1999, p. 377-394.

« Between the Individual and the State: International Law at a Crossroad? », dans Ph. Sands & L. Boisson de Chazournes (dir. publ.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 449-461.

« L'obligation en droit international », *L'obligation, Archives de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 44, 2000, p. 217-231.

« La multiplication des juridictions internationales menace-t-elle le maintien de l'unité de l'ordre juridique international? », dans Université de Paris II, *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000.

« The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law », *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, p. 19-29.

« The European Tradition in International Law: Charles de Visscher. By Way of an Introduction », *European Journal of International Law*, 11, 2000, p. 871-875.

« Normes internationales pénales et droit impératif (jus cogens) », dans H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 71-80.

« Dialogue onirique avec Wolfgang Friedmann : sur les évolutions du droit international entre la fin des années soixante et la veille du XXI[ème] siècle », dans C. Armas Barea (dir.

publ.), *Liber Amicorum « In Memoriam » of Judge José María Ruda*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 15-23.
« Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international », dans J. Cardona Llorens (dir. publ.), *Cours euro-méditerranéens bancaja de droit international*, 2000.
« Libre parcours à travers la richesse d'une œuvre : notes de lecture sur les travaux de Georges Abi-Saab », dans L. Boisson de Chazournes, V. Gowlland-Debbas (dir. publ.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amircorum Georges Abi-Saab*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 9-20.
« Quelques remarques sur l'évolution de la pratique des sanctions décidées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies dans le cadre du Chapitre VII de la Charte », dans V. Gowlland-Debbas (dir. publ.), *United Nations Sanctions and International Law*, The Hague, Kluwer International Law, 2001, p. 47-55.
« Le principe de précaution, règle émergente du droit international général », dans Ch. Leben & J. Verhoeven (dir. publ.), *Le principe de précaution. Aspects de droit international et communautaire*, colloque IHEI-Paris, 2001, Editions Panthéon-Assas, 2002, p. 95-112.
« A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility », *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, p. 1053-1081.
« International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State », dans A. Cassese, P. Gaeta, J. Jones (dir. publ.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 1085-1099.
« Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un Bilan », *Revue générale de droit international public*, vol. 107, 2003, p. 305-348.
« Sur les rapports entre sujets et « acteurs » en droit international contemporain », dans L.C. Vohrah (dir. publ.), *Man's Inhumanity to Man*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 261-278.
« Equality under the 1966 Covenants and in the 1948 Declaration », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Berlin, Springer, 2003, p. 149-160.
« Le concept de la société civile internationale, identification et genèse », dans H. Gherari, S. Szurek (dir. publ.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Paris, Pedone, 2003, p. 5-17.
« Le principe de précaution et le droit international de la mer », *La mer et son droit : mélanges offerts à Lauren Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003, p. 205-220.
« Retour sur la théorie des sujets du droit international », *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 71-85.
« State Sponsors of Terrorism: Issues of International Responsibility », dans A. Bianchi (dir. publ.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 3-16.
« Le droit des Nations Unies et sa pratique dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *La pratique et le droit international : colloque de Genève,* Société française de droit international*,* Paris, Pedone, 2004, p. 139-159.
« Daniel Bardonnet 1931-2004 », *Revue générale de droit international public*, vol. 108, 2004, p. 1085-1087.
« Warten auf den Schlag gegen Bagdad » (avec C. Tomuschat), dans K. Ambos, J. Arnold (dir. publ.), *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, p. 247-250.

« Dynamique des droits de l'homme et société civile internationale », *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 747-760.
« La Communauté internationale et le terrorisme », *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales : Journée franco-allemande*, Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2004, p. 35-45.
« Sécurité collective et coopération multilatérale », dans R. Ben Achour, S. Laghmani (dir. publ.), *Le droit international à la croisée des chemins : Force du droit et droit de la force : VIe Rencontre international de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 14-16 avril 2004*, Paris, Pedone, 2004, p. 61-76.
« Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi », *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, p. 131-137.
« Proliferation of Actors: Comment », dans R. Wolfrum, V. Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, p. 537-542.
« Normes internationales pénales et droit imperatif (jus cogens) » (avec Hanjani, Seyed Ali), *Magalla-yi huquqi Daftar-i kadamat-i huquqi-yi bayna al-milali-yi Gumhuri-yi Islami-yi Iran*, vol. 33, 2005, p. 231-244.
« Article 104 », dans J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, p. 2149-2155.
« Ultimes remarques sur la 'constitutionalité' de la Charte des Nations Unies », dans R. Chemain, A. Pellet (dir. publ.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 219-232.
« Les émanations engagent-elles la responsabilité des Etats ?: Etude de droit international des investissements », EUI Working Paper Law No. 2006/7, 2006, 15p.
« L'État et ses émanations dans le contentieux du droit international des investissements », dans P.M. Dupuy (dir. publ.), *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl, Engel, 2006, p. 297-316.
« La Convention de Vienne sur le droit des traité à l'épreuve de la pratique : Quel bilan trente ans après son entrée en vigueur ? », *Revue belge de droit international*, vol. 39, 2006, p. 411-431.
« Competence of the Court : Article 34 », dans A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 545-563.
« Trail Smelter and Terrorism : International Mechanisms to Combat Transboundary Harm » (avec C. Hoss), dans R. Bratspies & R. Miller (dir. publ.), *Transboundary Harm in International Law : Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 225-239.
« Le droit à l'eau, un droit international ? », dans G. Grisel (dir. publ.), *La mise en œuvre du droit à l'eau*, Genève, Schulthess, 2006, p. 277-289.
« Le droit à l'eau : Droit de l'homme ou droit des États ? », dans *Promotion de le justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 701-715.
« Crime sans châtiment ou mission accomplie ? », *Revue générale de droit international public*, vol. 111, 2007, p. 243-257.
« State Responsibility for Violations of Basic Principles of Bioethics », dans F. Francioni (dir. publ.), *Biotechnologies and International Human Rights*, Oxford, Hart, 2007, p. 33-42.
« History, Conceptions and Models of the International Legal Order: Lessons for the Future? », dans A. Reinisch, U. Kriebaum (dir. publ.), *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International, 2007, p. 53-65.

« Formation of Customary International Law and General Principles », dans D. Bodansky, J. Brunnée & E. Hey (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 449-466.
« La communauté internationale. Une fiction ? », dans *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 373-396.
« L'invocation de l'état de nécessité écologique : les enseignements tirés d'une étude de cas », dans *La nécessité en droit international*, colloque de Grenoble, Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2007, p. 223-235.
« State Responsibility for Violations of Basic Principles of Bioethics », dans F. Francioni (dir. publ.), *Biotechnologies and International Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 33-42.
« Conclusions générales », dans S. Maljean-Dubois (dir. publ.), *Changements climatiques : Les enjeux du contrôle international*, Paris, CERIC, 2007, p. 359-365.
« Return on the Legal Status of NGOs and on the Legal Methodological Problems which Arise for Legal Scholarship: Conclusion », dans P.M. Dupuy, L. Vierucci (dir. publ.), *NGOs in International Law: Efficiency in Flexibility?*, Northampton, Elgar, 2008, p. 204-215.
« Taking International Law Seriously: The German Approach to International Law », *German Yearbook of International Law*, vol. 50, 2008, p. 375-392.
« Principe de complémentarité et droit international général », dans M. Politi, F. Goia (dir. publ.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Aldershot, Ashgate, 2008, p. 17-24.
« Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities?: Concluding Remarks », dans E. Gaillard, J. Younan (dir. publ.), *State Entities in International Arbitration. IAI Seminar, Paris, October 20, 2005*, New York, Juris, 2008, p. 69-96.
« Existe-t-il une conception européenne du droit international ? », dans A. Fischer-Lescano (dir. publ.), *Frieden in Freiheit. Festschrift für Michael Bothe*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2008, p. 873-881.
« Biotechnologies, éthique et droit international : Sur le cadre juridique d'une redéfinition de la morale scientifique à l'échelle universelle », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 52, 2009, p. 367-380.
« Unification rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », dans P.-M. Dupuy, F. Francioni, E.U. Petersmann (dir. publ.), *Human Rights in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 45-62.
« Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law », dans J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (dir. publ.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 173-183.
« Unity in the Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges at the National Level: Reviewing Georges Scelle's Role Spliting Theory », dans L. Boisson de Chazournes, M. Kohen (dir. publ.), *International Law and the Quest for its Implementation. Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, Brill, 2010, p. 417-429.
« Competition among International Tribunals and the Authority of the International Court of Justice », *From Bilateralism to Community Interest : Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 862-876.
« Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy », dans E. Cannizzaro (dir. publ.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 123-137.

« A Transatlantic Friendship: René-Jean Dupuy and Wolfgang Friedmann », *European Journal of International Law*, vol. 22, 2011, p. 401-406.
« Vattel et le droit des traités », dans V. Chetail, P. Haggenmacher (dir. publ.), *Le droit international de Vattel vu du XXIe siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 151-166.
« Back to the Future of a Multilateral Dimension of the Law of State Responsibility for Breaches of 'Obligations Owed to the International Community as a Whole' », *European Journal of International Law*, vol. 23, 2012, p. 1059-1069.
« Normes internationales pénales et droit impératif (jus cogens) », dans H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, p. 81-90.
« Competence of the Court : Article 34 », dans A. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat, C. Tams (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 585-605.
« The Deficiencies of the Law of State Responsibility relating to Breaches of 'Obligations Owed to the International Community as a Whole': Suggestions for Avoiding the Obsolescence of Aggravated Responsibility », dans A. Cassese (dir. Publ.), *Realizing Utopia*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 210-226.
« International Law and Domestic (Municipal) Law », *The Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 5, 2012, p. 836-862.
« LaGrand Case (Germany v. United States of America) » (avec C. Hoss), *The Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 6, 2012, p. 629-637.
« Avena and other Mexican Nationals Case (Mexico v United States of America) » (avec C. Hoss), *The Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, 2012, p. 768-775.
« Le droit comme langage convenu : Hommage à un illustre grammarien du droit », dans M. Kohen, R. Kolb, D. Tehindrazanarivelo (dir. publ.), *Perspectives du droit international au 21e siècle. Liber amicorum Professeur Christian Dominicé in Honour of his 80th Birthday*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 3-9.
« Recourse to the International Court of Justice for the Purpose of Settling a Dispute », *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 61-69.